

**EL PROCESO DE MEDIACIÓN COMO EXPECTATIVA DE LAS VÍCTIMAS
Y NECESIDADES SUPERIORES DEL MENOR TRANSGRESOR DE LA LEY
PENAL**

RONALD FLORIANO ESCOBAR

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL V COHORTE
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS-UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
2011**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
1. CAPÍTULO PRIMERO: DIFERENTES MIRADAS DE LA MEDIACIÓN	12
1.1 Una perspectiva a seguir.....	35
1.2 Precisión conceptual, contenido y alcance internacional.....	45
1.2.1 <i>Alcance nacional e internacional</i>	46
1.2.2 <i>Formas de justicia restaurativa en el ámbito nacional</i>	54
2. CAPÍTULO SEGUNDO: ADMISIBILIDAD DE MECANISMOS ALTERNOS EN PROCESOS DE ADOLESCENTES	58
2.1 Solución al conflicto penal en espacios de mediación.....	64
2.2 Perspectiva de la mediación penal para adolescentes en Colombia.....	71
2.3 Mediación como instrumento no penal en materia de política criminal.....	81
2.4 Apertura normativa para la aplicación de la mediación penal en adolescentes	86
2.4.1 <i>Flexibilidad procesal para la mediación en adolescentes</i>	88
2.5 Proceso de mediación una regulación restringida al órgano de investigación penal.....	94
2.5.1 <i>Obligatoriedad de la oportunidad, como principio en aras de la mediación preferente</i>	96
2.5.2 <i>Prevalencia de necesidades superiores y garantía de justicia para la víctima renuente a la mediación</i>	106
2.6 Efectos jurídicos de una mediación penal en adolescentes.....	110
3. CAPÍTULO TERCERO: LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN COMO	114

LÍMITE DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.....	
3.1 Favores y viabilidad de la mediación aun antes de formalizar el proceso penal al menor.....	114
3.1.1 <i>En busca de justicia material la oportunidad de mediación penal para el adolescente.....</i>	118
3.1.2 <i>Asimilación de las penas como sanciones en adolescentes.....</i>	123
3.2 Del acuerdo de mediación penal hacia la ilegitimidad de la sanción.....	129
3.3 Influencia de la mediación en la sanción penal para adolescentes.....	137
3.4 Fundamentos de la mediación como proceso dentro del procedimiento penal	142
3.4.1 <i>Del consentimiento libre y voluntario.....</i>	143
3.4.2 <i>Obligaciones razonables y proporcionadas.....</i>	146
3.4.3 <i>La participación no es prueba de admisión de culpabilidad.....</i>	152
3.4.4 <i>El incumplimiento no es fundamento para sanción o agravación.....</i>	155
3.4.5 <i>Imparcialidad y mutuo respeto.....</i>	159
3.4.6 <i>Asistencia letrada.....</i>	162
3.5 Rol del mediador en el sistema penal para adolescentes.....	165
3.6 Estilos de mediación penal acordes con las necesidades individuales del menor.....	175
3.6.1 <i>Perspectiva de la satisfacción.....</i>	175
3.6.2 <i>Historia de la justicia social.....</i>	177
3.6.3 <i>Proyección en justicia reparativa.....</i>	182
3.6.4 <i>Paradigma de la transformación.....</i>	186
CONCLUSIONES.....	191

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CITADA.....	195
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	206

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se busca hacer un análisis dogmático sobre las normas que regulan la mediación, como mecanismo de justicia restaurativa dentro del proceso penal acusatorio, a fin de establecer la viabilidad de su aplicación por remisión normativa al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia y, debido a que se encontró un vacío sobre la materia en el Código de Infancia y Adolescencia.

Como punto de partida se formula una hipótesis a demostrar desde el estudio dogmático de la legislación existente, en la que se sostiene que es procedente la mediación penal en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, antes de la formulación de la imputación, e incluso después de ejecutoriada la sentencia de segunda instancia que imponga la sanción, al demostrarse la responsabilidad penal del imputado.

El propósito es que a través del resultado restaurativo obtenido entre víctima, indiciado, imputado, acusado o sancionado, mediante el mecanismo de la mediación y en desarrollo de las directrices de carácter internacional sobre la materia, pueda pregonarse innecesariedad de la iniciación de un proceso penal formal, por el cumplimiento de los fines del proceso, o de haberse iniciado, obtenerse su archivo demostrando la no necesidad de la sanción por el acuerdo sobreviniente.

Esto último supone que ya se ha cumplido el fin y función de la sanción, e incluso en el evento en que se encuentre ejecutoriada la sentencia sancionatoria, la modificación de la sanción atendiendo las circunstancias individuales del adolescente, u obtener de acuerdo a los casos concretos la extinción o suspensión de su ejecución ante

el cumplimiento de la finalidad y la función de la sanción.

Se pretende entonces con la investigación, determinar que la filosofía de los procesos de mediación se encuentra en armonía con el interés superior del adolescente, encontrando fundamentos en normas tanto nacionales como integradoras del bloque de constitucionalidad y generando efectos positivos respecto de la misma finalidad del proceso penal para el adolescente y las sanciones aplicables a los mismos.

Al considerarse la implementación de este novísimo mecanismo de política criminal del Estado, surge la necesidad de establecer la procedencia de la mediación frente al caso concreto de los adolescentes que infrinjan la ley penal para cada uno de los delitos, bien sea de aquellos leves, graves o gravísimos, para que se fijen los efectos jurídicos llamados a producir, de obtenerse el resultado restaurativo y la incidencia respecto de la sanción a imponer según se trate.

De esta manera, se pone de presente la conexidad relevante que tiene la mediación penal en adolescentes, frente a la aplicación de algunos principios y garantías fundamentales en los procesos penales que se adelantan en su contra, como la oportunidad preferente¹, la legalidad de la sanción y el debido proceso, en los que se incluye la justicia restaurativa en todo momento.

En este sentido, el reto investigativo perseguido es proporcionar fundamentos jurídicos para promover la procedencia de la mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, aun antes de la formulación de la imputación

¹ Es necesario entender el principio de oportunidad dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, como parte fundamental del procedimiento, por razones de política criminal y de la filosofía, tanto del proceso, como de las sanciones, en cuyo caso, pueda considerarse como de obligatoria aplicación, a diferencia de lo previsto dentro del sistema penal acusatorio. Tal y como afirma Bazzani (2006, p. 23) si bien se “ha concebido la oportunidad como una característica intrínseca, lo cierto es que desde el punto de vista del modelo teórico, esto es, del esquema procesal acusatorio, el principio de oportunidad no constituye un requisito esencial”.

y hasta después de ejecutoriada la sentencia de segunda instancia; a diferencia de lo regulado para los procesos penales de adultos, en el Código de Procedimiento Penal, lo cual atiende al carácter específico y diferenciado, al interés superior del niño y a las finalidades, tanto del proceso penal, como de las sanciones en adolescentes.

Así mismo, para materializar la flexibilidad como principio internacional del sistema penal para adolescentes, se encuentran argumentos que permiten sostener que es viable la modificación de la sanción penal impuesta al adolescente para su beneficio y, de lograrse un resultado restaurativo, a través de la mediación penal; o incluso predicar la innecesariedad de la sanción, por circunstancias sobrevinientes, como la misma mediación, para extinguir o suspender su ejecución, al haberse logrado la función y fines perseguidos con ésta.

Por otro lado, resulta relevante para nuestro interés investigativo, la necesidad de aplicar preferentemente la causal 7ª del principio de oportunidad, en los procesos penales seguidos a los adolescentes², debiendo reinterpretarse, tanto el carácter de la acción penal, como la naturaleza pública del proceso, por estar representado en ella el interés general de la sociedad. Esto hace indisponible, que se acepte de una u otra forma, la tesis según la cual en algunos casos, el derecho penal protege con mayor énfasis, intereses particulares y en esa medida su satisfacción, a través de otros procedimientos, lo cual da lugar al sacrificio del interés general, consistente en el adelantamiento de la acción penal y al replanteamiento del interés superior del niño. En este caso, existiría un marco restringido de aplicación de la oportunidad que no entraría en conflicto con la legalidad. (Bazzani, 2006, p. 23)

² Art. 324 de la ley 906 de 2004

Por ello, tiene fundamento la presente investigación académica, cuando se pone de manifiesto, la implementación de las políticas y principios básicos de un nuevo modelo de justicia para la responsabilidad penal de adolescentes, de acuerdo a lo que se contempla en el contenido normativo del Código de Infancia y Adolescencia.

Teniendo en cuenta que el mencionado código manifiesta un marcado interés para que en el proceso penal de jóvenes adolescentes, se garantice la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño; y dispone expresamente la conciliación y la reparación de los daños, pero omitiendo la mediación como mecanismo autónomo e independiente de justicia restaurativa, a través del cual, también es posible aplicar el principio de oportunidad, como obligatorio y preferente, por política criminal del sistema que lo regula.

Quepa aclarar que con la ley 906 de 2004 que puso en vigencia, progresivamente en Colombia, el Sistema Penal Acusatorio ya se había creado en nuestro ordenamiento jurídico-penal, la mediación como mecanismo de justicia restaurativa; y que a través de esta institución en el proceso penal para adolescentes, por remisión de la ley 1098 de 2006, se buscaría la participación del victimario en la solución de su caso, como de la víctima, en la búsqueda de la reparación del daño causado por el delito.

Es por ello que, resulta trascendental determinar, si existe una verdadera dinámica para promover dentro del proceso penal de adolescentes, esta institución de la mediación, como alternativa de solución del conflicto, que enfrenta tanto a víctima como a victimario y que resulta diferente a la conciliación, en cuanto a la procedencia y efectos que tradicionalmente ha manejado.

Con este estudio académico, se intentan buscar argumentos interpretativos para justificar la implementación y aplicación de la mediación, como mecanismo autónomo e

independiente de justicia restaurativa en el proceso penal para adolescentes, a través del análisis integral y sistemático que se realiza al ordenamiento jurídico sobre la materia y, desde una perspectiva internacional, aplicando el bloque de constitucionalidad, en armonía con disposiciones procedimentales penales internas y en observancia de los principios y reglas de integración normativa que la misma ley 1098 2006 posibilita como fuente de derecho.

En este orden de ideas, la investigación presenta un análisis de la mediación desde diferentes perspectivas, con los propósitos de lograr una verdadera justicia material en casos concretos y de justificar su procedencia en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, al considerarse que dichas normas procedimentales del Sistema Penal Acusatorio, respecto de la mediación, son afines al interés superior del adolescente, al carácter pedagógico y la visión formativa, todos derroteros del sistema, que amplían las garantías y beneficios para adolescentes infractores.

En consonancia con lo anterior, se pretende como objetivo de esta investigación fomentar la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes para que sirva como herramienta de solución de conflictos alternativa o complementaria a la justicia formal penal ordinaria, en aras de lograr una verdadera justicia material que satisfaga las expectativas de las víctimas y el interés superior del niño.

Se trata entonces, de propender por una convivencia social armónica y pacífica, estableciendo los fundamentos para la viabilidad y la procedencia de la mediación, como mecanismo de justicia restaurativa, así como sus efectos, alcances y límites en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Todo ello, a partir del estudio dogmático, del análisis de las diferentes perspectivas para abordar el conflicto, a través de la mediación penal para adolescentes, de la crítica constructivista a los contenidos normativos que direccionan su aplicación y, de establecer la mediación como instrumento jurídico que amplía la posibilidad de garantía de los derechos de las víctimas de delitos en el proceso penal para adolescentes y de los victimarios, para el restablecimiento de sus derechos y el otorgamiento de beneficios en la actuación.

En relación con lo anterior, es necesario mencionar la estrategia metodológica que se desarrollo para la recolección, análisis y sistematización de la información, como sigue:

Como método investigativo, se hizo uso del deductivo de tipo documental, basado en la lectura e interpretación sistemática de la Constitución Política de Colombia, de los códigos, leyes, sentencias judiciales y de la doctrina nacional e internacional sobre la mediación penal, en orden a establecer el estado actual del régimen jurídico de la mediación en Colombia.

El fundamento conceptual que soporta la construcción de los capítulos que desarrollan cada uno de los objetivos de investigación, se traza desde el enfoque hermenéutico, el cual posibilita el desarrollo de posturas de tipo comprensivo e interpretativo. Es en este punto en donde se presentó el interés de ir más allá de una visión reconstructiva de los argumentos planteados por los autores, para acceder a una actitud creativa e interactiva frente a los mismos. Ello implicó dialogar, cuestionar, e interpelar a los textos, en la dinámica autor-obra-lector.

Este enfoque consiste en resumir, evaluar, cuestionar y criticar la información obtenida, a través de la lectura de los textos y datos obtenidos. Sin embargo, no se limita

a una recopilación o reconstrucción de los diferentes autores, sino que busca la realización de un ejercicio de análisis, interpretación y comprensión, que dé cuenta del problema de investigación de una manera novedosa y creativa.

1. CAPITULO PRIMERO: DIFERENTES MIRADAS DE LA MEDIACIÓN

La mediación de conflictos no ha pasado desapercibida ante los ojos de teóricos e investigadores, quienes han realizado aportes desde diferentes áreas del conocimiento y experiencias de trabajo en territorios de Colombia, donde impera el conflicto armado y la carencia de recursos estatales. La mayoría de estos estudios sugieren reformas al sistema nacional de justicia a fin de superar la expectativa que frente a este tema tiene la población. Dentro de las propuestas, se resalta aquella que señala que es necesario el impulso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En el presente capítulo se presentan los principales hallazgos del trabajo de identificación y revisión de bibliografía relacionada con el tema de investigación y, los principales análisis, críticas y propuestas que de su lectura se desprendieron.

Entre las investigaciones realizadas con relación al objeto de estudio, se resalta la de Álvarez, Escobar y Saavedra (2005), realizada en el municipio del Paujíl en el departamento de Caquetá y cuyo trabajo de campo tuvo como propósito, establecer la funcionalidad y eficacia de la justicia penal impartida en el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Paujíl.

Valga aclarar que tal investigación no analizó la mediación penal frente a la vigencia del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, debido a que para la época no habían entrado en vigencia en el municipio la ley 906 de 2004 ni la ley 1098 de 2006. No obstante, la importancia de la mencionada investigación tiene que ver con las proposiciones que presenta para implementar otros mecanismos de resolución de conflictos, que permitan que la justicia sea más rápida y eficaz y, que el ciudadano confíe en ella, como medio para asegurar la convivencia pacífica.

Como propuesta, los autores plantean la resolución de conflictos por medio de la mediación, tal y como se expresa en el siguiente apartado (Álvarez, Escobar y Saavedra, 2005, p. 80):

La mediación como proceso de resolución alternativa permite un diálogo constructivo donde las personas comprometidas en el conflicto tienen la inmensa posibilidad de adquirir las habilidades o destrezas necesarias para resolver por sí mismas las diferencias que se presentan, no desde la perspectiva de ganar/perder o ganar/ganar, como puede suceder en la conciliación o en el arbitraje en que una de las partes resulta ganadora y la otra perdedora; que si bien éste método alternativo de resolución de conflictos resuelve en sí el mismo; no permite ganar conjuntamente mucho menos construir una nueva relación que permita sentar las bases duraderas o efectivas que legitimen la participación de las partes involucradas en el conflicto. Por su parte la mediación permite desarrollar la comunicación compartida entre partes, permitiendo el respeto mutuo y el reconocimiento de los participantes, la posibilidad de alcanzar soluciones, construir la posibilidad coordinadas aún en las diferencias, incrementar los diálogos entre sí y desarrollar las capacidades y habilidades de las personas y comunidades, para que se comprometan en forma conjunta y responsable en la construcción de acuerdos más duraderos que permitan darse una nueva oportunidad de crecimiento y desarrollo personal. Construyendo consensos que transformen el conflicto mediante la opción de la comunicación de las partes y el mediador y, de esta manera pueda transmitir este último una nueva posibilidad de salida al conflicto. Siendo ello la perspectiva de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, ya sea familiares, comunitarios o

empresariales, está llamada a jugar un papel preponderante en la solución de conflictos de la sociedad colombiana. En razón que la mediación por ir más allá de la solución del conflicto lo que busca es construir una nueva sociedad menos injusta, menos inequitativa, teniendo al ser humano como epicentro central del conflicto.

Uno de los aspectos encontrados en la anterior investigación y en las demás que se han realizado en Colombia sobre el tema de la mediación, es que algunas se concentran en el ámbito comunitario y en el análisis de los procesos comunicativos; en particular en la utilización de los lenguajes que se generan en la cotidianidad y en la relación de éstos con la influencia de los medios de comunicación y el avance de la aldea global. De esta manera, se aborda la mediación/comunicación como un instrumento cívico y un recurso humano, que permite reconstruir el entorno social a través de la autogestión de los sujetos sociales de su propia realidad personal, familiar y social.

Desde este enfoque, la mediación comunitaria adquiere ciertas potencialidades como alternativa viable y necesaria para la creación de espacios de tolerancia, respeto y reconocimiento de cada una de las partes que viven en conflicto.

Sobre este particular, Héctor Rodríguez Robayo (2007) en su trabajo de investigación llevado a cabo en el municipio de Cucunubá, reseña los aspectos importantes del proceso de la comunicación, las características esenciales de la sociedad de la comunicación y de la información, la dimensión social y comunitaria del ser humano, así como los lenguajes, tradiciones, costumbres y riquezas de la mediación comunitaria. Como resultado del trabajo de campo realizado, a través de talleres con los grupos sociales del municipio, el autor analiza y propone la implementación de la

mediación comunicativa, como paradigma para la convivencia sana y la gestión autónoma y responsable de los conflictos.

En el mismo sentido, se desarrolla el trabajo de José Zuluaga, Raquel Amorocho, Paola Barragán, Andrés Gama y Myriam Olarte (2007), quienes analizan cómo la comunidad de Mercedes de Calahorra, puede verse afectada por las realidades de los entornos geográficos que la rodean (Chía, Cota, Cajicá), al igual que por los efectos que la globalización deja en lugares cercanos como Bogotá y, lejanos como otros países y empresas multinacionales.

El análisis de los autores se desarrolla en torno a las afectaciones que representan los elementos mencionados, en la convivencia diaria y en las posibilidades que ofrece la mediación comunitaria, para gestionar pacíficamente los conflictos y mejorar los niveles de convivencia.

Los resultados de dicha investigación fueron un aporte al funcionamiento de los servicios ofrecidos por la Casa de Justicia de Mercedes de Calahorra, lo cual se debió a que más allá de una investigación académica tendiente a generar un aporte teórico, ésta fue desarrollada con el interés de liderar la creación de un servicio de mediación comunitaria en la Casa de Justicia y, la apertura de un espacio que generara la sostenibilidad del programa, tal como la realización de prácticas por parte de estudiantes de la Especialización en Mediación de Conflictos de la Universidad de la Sabana.

No obstante, los autores no abordan el tema de la mediación penal en Colombia, como tampoco presentan un estudio sobre su fundamento jurídico en este ámbito del derecho.

Por otro lado, la autora Ana Hall García (2004) aporta una visión general sobre la regulación legislativa anterior al Código de Infancia y Adolescencia, implementado

mediante la ley 1098 de 2006y, sobre la problemática subyacente a la delincuencia de menores en Colombia, bajo el contexto de la legislación anterior, debido a que a la fecha de la publicación, aún no se encontraba vigente la legislación actual. No obstante, resulta valiosa la descripción realizada por la autora, al respecto de la realidad de la violencia extrema que vivía Colombia en épocas anteriores, puesto que ofrece posibilidades comparativas frente a los desarrollos de la violencia más actuales.

En consonancia con lo anterior, Hall (2004) evidencia la problemática de los menores vinculados a los grupos al margen de la ley, como uno de los componentes importantes que hacen parte del conflicto armado colombiano. Esta relación que establece la autora permite identificar el prontuario de hechos delictivos que involucran a los jóvenes y, que para el momento del análisis, fue entendido bajo la doctrina de la “situación irregular del menor” considerada como inimputable.

Es importante aclarar que esta situación ha sido hoy modificada por la concepción de la “protección integral” bajo la cual los adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos y obligaciones, por ende imputables para efectos del derecho penal y con capacidad de culpabilidad.

En este orden de ideas, la autora considera que es posible entender que desde el año 2001, existiera la discusión sobre un proyecto de ley creador del sistema de responsabilidad penal juvenil, frente al cual se dieran importantes avances que, de llegar a concretarse, superarían el modelo de situación irregular. Uno de estos logros, según Hall (2004), es sin duda, la materialización de un nuevo entendimiento del menor, que pasó a ser un sujeto responsable penalmente.

Así las cosas, son pocos los estudios relacionados con la mediación penal en Colombia como mecanismo de justicia restaurativa, quizás por ser una institución que

se encuentra en su más temprano desarrollo en el país. En esto coincide el autor Rosembert Ariza Santamaría (2007a), cuando a propósito del estado del arte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el país; hace referencia a documentos de investigación académica que trabajan el tema de la mediación, aunque no precisamente en el área penal ni relacionada con adolescentes, sino sobre “mediación comunitaria”.

De acuerdo a los resultados de la investigación de Ariza (2007a), son diversos los autores que han realizado estudios sobre mecanismos alternos de solución de conflictos, desarrollándolos desde diferentes perspectivas, desde las cuales se les interpreta como instrumento para la convivencia, en sus alcances y límites para el ámbito procesal, o como mecanismos de acceso a la justicia. A estas miradas analíticas, se suman los estudios realizados en el marco de políticas públicas y desde el enfoque cultural.

Como fundamento del surgimiento y la necesidad de creación de los MASC en Colombia, el autor cita, entre otras, las monografías de grado de Mauricio Solórzano y Andrés Felipe Stapper (2004) así como el documento del *Programa de Modernización de la Administración de Justicia en Colombia USAID-MSD*, elaborado por María Cristina Rodríguez. Este último desarrolla aspectos como los antecedentes de la conciliación en equidad, el procesamiento y análisis de los reportes e indicadores frente al tema en el país, los consolidados generales de reportes cuantitativos y los indicadores de cobertura, acceso, eficiencia, elementos pedagógicos y, datos relacionados con el número de conciliaciones y mediaciones por departamento y municipio. (Ariza, 2007a, p. 65)

Otra de las investigaciones que referencia el autor en su estado del arte es *Que los relatos cuenten nuestras experiencias*, elaborada por la Cámara de Comercio y la Alcaldía Mayor de Bogotá (2005), la cual estuvo basada en los aportes de los actores voluntarios de convivencia, mediadores comunitarios, conciliadores en equidad y jueces de paz de la capital del país, con la finalidad de encontrar nuevas acciones para la resolución de conflictos y el aumento del acceso a la justicia comunitaria, mediante la sistematización, como un proceso de reconstrucción y reflexión de la convivencia comunitaria y la consolidación de los procedimientos alternativos de la justicia. (Ariza, 2007a, p. 65)

Así mismo, Ariza (2007a, p. 67) reseña el trabajo del investigador Jaime Giraldo Ángel (1999) quien identifica a los mecanismos alternativos de solución de conflictos como camino para volver a llenar el derecho de contenido social. A su vez este autor, entiende la mediación y la conciliación, como la posibilidad de introducir en el derecho la problemática social.

Finalmente, Ariza (2007a, p. 66) también estudia el documento *Jueces de Paz, una figura de la justicia comunitaria: análisis*, escrito por Miguel Álvarez, Lino Corzo y David Figueroa (2005), en el que se plantea que la justicia de paz es un modelo que da prelación, en su aplicación, a la conciliación y a la mediación, para la solución de conflictos, pero dentro del marco de la comunidad y orientada bajo sus lineamientos por miembros de la misma.

Resulta trascendente precisar que para la fecha de publicación de la Revista IUSTA N° 26, concretamente del artículo de Ariza (2007a) *Estado del Arte de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia*, aun no se encontraba publicación alguna sobre el campo de la mediación penal en el Sistema de

Responsabilidad Penal para Adolescentes, habida cuenta que dicho sistema penal se implementó con el Código de infancia y Adolescencia regulado por la ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, el cual entró en vigencia 6 meses después de su promulgación implementándose de manera gradual en el territorio nacional desde el mes de enero de 2007 hasta el 1 de diciembre de 2009.

A partir de la publicación del referido estado del arte se han encontrado estudios más específicos sobre la mediación penal en adolescentes, entre los que se destaca el módulo de Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, escrito en el año 2009 por el autor Víctor Chaparro Borda, facilitador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” (EJRLB). Hasta el momento de realización del presente trabajo, este texto es el más actualizado, amplio y completo sobre el tema en Colombia, el cual fue escrito a propósito de la implementación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el país y, de las necesidades de actualización de los funcionarios y jueces de la Rama Judicial.

El documento contiene algunos temas, que en nuestro concepto generan controversias, dados los vacíos normativos encontrados, por esta razón consideramos que el texto es funcional como una guía académica y doctrinal para el lector, en el estudio y comprensión de la sistemática normativa, más no como un manual de imperativo acatamiento para jueces y fiscales.

De igual manera, en el módulo se mencionan y explican los principios internacionales que regulan el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y los distintos mecanismos de justicia restaurativa dentro de los que se encuentra la mediación, por remisión normativa que hace la ley 1098 de 2006 a la ley 906 de 2004.

Es preciso mencionar que esta ley hizo ajustes en los alcances, efectos y procedencia de la mediación en el sistema diferenciado de los adolescentes, así como introdujo la distinción de los resultados restaurativos, a partir de los delitos cuyo mínimo de la pena en el código penal supera o no los 6 años de prisión; a diferencia de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, que establece los efectos de la mediación, a partir de delitos cuyo mínimo de la pena supera los 5 años de prisión para adultos.

En dicho texto, también se hace una aproximación teórica para aceptar la procedencia de la mediación penal en adolescentes hasta la sentencia sancionatoria de segunda instancia, con fundamento en la filosofía del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes. Ello, a pesar de que la mediación se regula expresamente por remisión normativa a la ley 906 de 2004, donde se concibe acudir a dicho mecanismo, tan sólo hasta antes de iniciado el juicio oral.

Sobre el particular del tema de investigación, se revisó el módulo de formación en pequeñas causas, de la EJRLB, cuyo autor Luis Fernando Delgado Llanos (2006) se refiere en el capítulo primero a los “Nuevos paradigmas de la justicia penal colombiana frente a la ley de pequeñas causas”. En su análisis sobre mediación penal aplicada en el procedimiento penal para adultos, el autor no se detiene a profundizar en el contenido del articulado sobre el tema en la norma citada, sino a señalar lo establecido en el descriptivo normativo de la ley 906 de 2004, en el capítulo correspondiente a la justicia restaurativa.

Explica el autor, que las soluciones negociadas solo se aplican a casos de flagrancia o de delitos menores, porque es una constante en casi todos los distritos judiciales, que durante el primer año de vigencia de la ley 906 de 2004, el sistema

hubiera recogido solo situaciones de flagrancia que no revestían mayor esfuerzo probatorio, o casos de menor envergadura. Como ejemplo de lo anterior, el trabajo analiza lo ocurrido en el distrito judicial de Medellín con el fenómeno de los portadores de cantidades de droga que superan ínfimamente las dosis legales permitidas a los consumidores.

En el módulo, Delgado Llanos (2006) se refiere en forma general a los fines de la justicia restaurativa y al hecho de que algunas soluciones de esta justicia no se estén aplicando. Igualmente, afirma que:

Si bien ya hay casos concretos en los que se ha logrado llegar a un acuerdo entre las partes, lo cierto es que tales resultados son más bien excepcionales y existen figuras como la de la mediación o el principio de oportunidad, cuya aplicación resulta ser verdaderamente excepcional. Es necesario que la Fiscalía promueva estas figuras y revise la reglamentación que ha emitido al respecto, con el fin de hacer más efectivos estos mecanismos de justicia restaurativa. (Delgado 2006, p. 16)

El texto hace también referencia a los distintos mecanismos de la justicia restaurativa, como la conciliación preprocesal y el incidente de reparación, de la justicia transicional, los pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos sobre la ley 975 de 2005 y las nuevas leyes de convivencia ciudadana y pequeñas causas; haciendo una reflexión sobre los verdaderos cambios de paradigmas en el proceso penal colombiano y sobre la nueva concepción de justicia, habiendo transcurrido los tres primeros años desde que se inició en Colombia, la aplicación del llamado Sistema Penal Oral Acusatorio.

En un nuevo módulo, *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes* de la EJRLB (2008), el mismo Delgado Llanos, se refiere al tema de la justicia restaurativa, sin precisar ningún análisis dogmático o práctico en concreto sobre el tema de la mediación. Esto se debe, a que el autor solo se refiere a la conciliación, reparación de los daños en los términos del artículo 174 del CIA y el deber de las autoridades judiciales integrantes del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, de facilitar acuerdos para la reparación de las consecuencias producidas por el delito, incluyendo dentro de esta filosofía restaurativa, el principio de oportunidad regulado por la ley 906 de 2004. Para ello, el autor realiza el análisis normativo que le permite llegar a dicha remisión desde el mismo Código de Infancia y Adolescencia (CIA) y sostiene (Delgado, 2008, p. 74-75):

De manera expresa, en el mismo artículo 140 del CIA se impone el deber de garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño, en tanto que el artículo 144 garantiza que se apliquen integralmente las normas del sistema penal acusatorio, exceptuando sólo aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente, lo que deja intactas todas aquellas disposiciones de la ley 906 de 2004 en materia de justicia restaurativa, especialmente el libro VI (artículo 518-527), que consagra las definiciones, reglas, condiciones y mecanismos de justicia de restaurativa, tales como la conciliación y la mediación, figuras estas que buscan fundamentalmente la realización de los acuerdos entre las partes y por ello resulta incomprensible la prohibición de celebrar acuerdos entre la defensa y la fiscalía contenida en el artículo 157, pues esta norma deviene violatorio del debido proceso y claramente regresiva, en cuanto implica, de algún modo, volver a la idea eufemística de proteger al “menor incapaz” de sus propios errores o

decisiones, desconociendo que se halla asistido por un defensor y rodeado de plenas garantías.

Por otro lado, el texto de Aida Kemelmajer de Carlucci (2004), aborda el tema de la justicia restaurativa aplicada al sistema penal juvenil y, se realiza la descripción de los sistemas tradicionales de justicia penal, el estudio de la llamada justicia reparadora y sus principios, el análisis de los programas más frecuentes de justicia restaurativa, la discusión de la implementación de estos programas en diversos países, el desarrollo de una serie de conclusiones y propuestas alrededor del tema y de las conductas realizadas por menores de edad.

Concretamente, sobre la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en Colombia, se expidió un *Manual de Procedimientos de la Fiscalía General de la Nación en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano* (2006). En este manual se fijan directrices y reglas a las que deberá someterse el Programa de Justicia Restaurativa-mediación, cuya competencia le fue radicada directamente por la ley 906 de 2004, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. El propósito de este manual es el de fortalecer los conocimientos de los funcionarios de la entidad en la materia, así como precisar los criterios para la aplicación de una metodología clara en la ejecución de estrategias para abordar los mecanismos del sistema.

En el manual se sostiene, que este modelo de justicia se desarrolla con la participación de conciliadores particulares y funcionarios de la Fiscalía, quienes decidirán en equidad las causas menores, con el propósito de obtener el resarcimiento de los perjuicios y el reconocimiento del derecho sustancial. No se hace referencia a mediadores especialistas para intervenir como facilitadores en los procesos de mediación particularmente, frente a lo que resulta necesario, fijar algunos criterios para

lograr la diferenciación entre la mediación y la conciliación, como otro de los mecanismos de justicia restaurativa y el perfil de su correspondiente facilitador frente a cada uno de estas instituciones.

Se afirma en este manual, (Fiscalía General de la Nación, 2006, p. 150) que se implementará la justicia restaurativa, en las Salas de Atención al Usuario, SAU, Salas de Conciliación y las Casas de Justicia que apoyan el proyecto y, que se recibirá ayuda interinstitucional ofrecida por los centros de conciliación, universidades, colegios de abogados y diferentes agremiaciones que agrupan otras profesiones, con la pretensión de reducir no solo los costos burocráticos estatales que significa el agotamiento de un proceso penal, sino de evitar la congestión que históricamente se ha presentado en la investigación de esta variable de comportamientos, con la lamentable consecuencia de no responder oportunamente la demanda de justicia.

Guillermo Angulo González (2006), presenta también un análisis de la justicia restaurativa con la perspectiva de implementación en el Sistema Penal Acusatorio de adultos infractores de la ley penal. Para estos efectos desarrolla un estudio dogmático de la ley 906 de 2004 a partir de los artículos 518 a 527, donde se encuentran los mecanismos de conciliación preprocesal, en el incidente de reparación y la mediación propiamente dicha.

En el texto, se parte del análisis e interpretación dogmática gramatical de los articulados correspondientes al tema restaurador, sin que se haga una propuesta de la procedencia de la mediación más allá de las etapas, efectos y límites que expresamente tratándose de adultos posibilita el Código de Procedimiento Penal. Así, el autor no hace referencia alguna al tema de infancia y adolescencia, pues para el año 2006, época de expedición del módulo *Justicia restaurativa en el nuevo sistema procesal penal ley 906*

de 2004, aún no se encontraba vigente la ley 1098 de 2006. No obstante, el texto resulta para la presente investigación un valioso aporte académico, como marco teórico al que se acude, flexibilizando dichas interpretaciones y extendiéndolas hacia la infancia y adolescencia en la materia penal que nos ocupa.

Por su parte, Bernal Suárez y Molina Guerrero, en el texto *Proceso Penal y Justicia Restaurativa* (2010), sostienen con fundamento en el Código de Procedimiento Penal colombiano y, en particular, en el sistema penal de adultos, que la mediación solo tiene eficacia dentro del proceso penal, a partir de la formulación ante el juez de control de garantías y que procede hasta antes de iniciar el juicio oral ante el juez de conocimiento. Después de este momento, sólo queda esperar los resultados del juicio y si el juez encuentra responsable al acusado, para promover el incidente de reparación integral, donde puede intentar la conciliación.

Frente al tema del principio de oportunidad, los autores aducen que “conforme a dichas causales, son varias las circunstancias de la vida de las personas y su incidencia social, en las que se puede solucionar los conflictos sin el apremio del proceso penal, es decir, éste como última razón.” (Bernal y Molina, 2010, p. 211). Tal afirmación se comparte como tesis de este trabajo con el propósito de argumentar la procedencia de la mediación en materia de infancia y adolescencia, aplicada incluso antes de la formulación de la imputación.

Sin embargo, vale aclarar que dicha obra hace referencia exclusivamente al tratamiento de la mediación con perspectiva de aplicación para adultos transgresores de la ley penal, con la propuesta de que “se requieren de fiscales que se salgan de los textos gramaticales de la ley y se sirvan de los conocimientos que también ofrecen los diversos

campos de la criminología para aproximarse al conflicto y ayudar a solucionarlo con fines de prevención general y especial”. (Ibíd., p. 213)

Como aporte al debate, Carmen Rojas López (2009) considera que la justicia restaurativa requiere un cambio de mentalidad puesto que, en su opinión, ésta no es asunto de convertir un proceso penal en un proceso civil, ni se trata de un proceso sin garantías o de privatizar la administración de justicia. Para desarrollar tales afirmaciones, la autora plantea un análisis sobre las diferencias entre este tipo de justicia, diferentes mecanismos alternos y la justicia retributiva, fijando sus alcances y límites en el ordenamiento interno aplicable a los adultos.

De igual manera, hace una reseña histórica de la mediación y de la justicia restaurativa en el ámbito internacional, en la que hace mención de la existencia de la mediación en Estados Unidos en tres de las etapas del proceso penal, donde es posible su implementación: la primera de ellas se da en la pre-intervención policiaca o jurídica, la segunda en la Pos-intervención/pre-adjudicación y finalmente en la post-sentencia como parte de las condiciones para la libertad condicional o supervisada o aun durante el encarcelamiento. Pese a ello, la autora no desarrolla a profundidad tales planteamientos como tampoco aborda el tema de la mediación penal para adolescentes en Colombia.

Desde la perspectiva de otros autores, la mediación también es considerada como uno de los mecanismos procesales de intervención de las víctimas dentro del proceso penal, en sus formas de terminación anticipada. Ejemplo de ello, es el trabajo de Ramelli y colaboradores (2009) del Centro de Estudios Procesales –CENDREPO- de la Universidad Nacional de Colombia, cuyos integrantes hacen especiales

consideraciones sobre los sistemas procesales de la ley 906 de 2004, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.

En esta investigación se trabajan las discusiones fundamentales sobre la definición de la naturaleza jurídica de las víctimas, no sin antes, aclarar que los temas del documento investigativo no habían sido trabajados hasta ese entonces a profundidad por la doctrina procesalista nacional. Además, el documento analiza la intervención de la víctima en cada una de las fases del proceso de la ley 906 de 2004, así como el régimen de las medidas cautelares y la aplicación del principio de oportunidad en la justicia restaurativa, en las negociaciones de preacuerdos, en acuerdos en la extinción de la acción penal, en la preclusión de la investigación y en el archivo de las diligencias donde se tienen en cuenta los intereses de las víctimas.

Respecto a los últimos elementos, la investigación afirma que la aplicación del principio de oportunidad se supedita a que se haga dentro del marco de la política criminal del Estado, razón por la cual se deben tener en cuenta los derechos de las víctimas para que sean compatibles con sus intereses de verdad, justicia y reparación.

Proponen también, que se debe considerar la posibilidad de las víctimas de apelar la decisión de legalidad que declare el juez, allegando elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se opongan a la preclusión del Fiscal³.

Con los autores se comparte entre otras cosas el argumento de “que frente a la participación de las víctimas en la justicia restaurativa se encuentra un vacío legislativo en algunos puntos claves que se refiere a su procedimiento.” (Ramelli y cols., 2009, p. 109)

³ Se puede extraer el análisis de las sentencias C-209 de 2007, C-591 de 2005, C-516 de 2007 y C-454 de 2006 que se toman como fundamento en el presente estudio académico.

En armonía con tal afirmación Lina Díaz Cortés (2005, p. 302) opina que “no existe un mecanismo expreso para la víctima que decida mediar entre la formulación de la imputación hasta antes de la acusación”. Para esta autora el actual sistema penal ha fracasado en cuanto a los objetivos que tenía planteados y, por ello, se requiere acudir a formas alternas de justicia que partan de la base del consenso en la sociedad para llegar a la legitimidad como consecuencia. En este sentido, la autora propone que la justicia restaurativa surja como una opción frente a la crisis del sistema de justicia tradicional. (Díaz, 2005, p. 288)

Sobre el principio de oportunidad en materia penal para adolescentes, Carlos Gómez Pavajeau (2007), realiza un análisis, con el propósito de crear doctrinariamente una clasificación de los menores, según su grado de imputabilidad, semi-imputabilidad o inimputabilidad, en el cual relaciona, algunas normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, para viabilizar la implementación del principio de oportunidad para adolescentes, como de obligatorio cumplimiento y preferente.

Sin embargo, el autor (2007, p. 65) sostiene que en el derecho procesal penal de la adolescencia, el principio de oportunidad se podrá aplicar desde el momento de formalizar la imputación hasta antes de que adquiere ejecutoria material, la sentencia sancionatoria, a diferencia del sistema ordinario penal para adultos donde sostiene que existe la limitación constitucional para creer viable su aplicación en la etapa del juicio.

Por su parte, José Francisco Acuña Vizcaya (2009), a propósito del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes, pone en consideración las causales de la ley 906 de 2004, que eventualmente pueden ser aplicadas en este sistema especial y diferenciado de la infancia y adolescencia, en materia de responsabilidad penal, así como las que no tendrían aplicación, al

considerarlas contrarias al interés superior del niño. Dentro de las que clasifica el autor como procedentes, se encuentra la causal 7ª del artículo 324 del referido adjetivo procedimental, descrito como la suspensión del procedimiento a prueba dentro del marco de la justicia restaurativa.

Sin duda alguna, la obra del autor Rosembert Ariza Santamaría (2007b), *Justicia Restaurativa para Adolescentes en Colombia* fue una de las primeras obras publicadas a partir de la vigencia de la ley 1098 de 2006. Ariza al igual que Díaz Cortés (2005)y, Ramelli y colaboradores (2009), se refiere al fracaso de la justicia ordinaria en términos de restauración del daño causado por el delito y de la prevención de los nuevos casos, aduciendo la necesidad de implementar la justicia restaurativa, la cual está ganando apoyo político y social.

Principalmente la obra, más que un desarrollo dogmático e interpretativo de la normatividad existente sobre mediación penal en adolescentes, ofrece respuestas a cuestionamientos como ¿Qué es aquello que se ha llamado justicia restaurativa? ¿Cómo puede darse solución a las faltas del sistema retributivo? ¿Es viable la instalación y funcionamiento de un modelo restaurativo en la justicia colombiana? Para finalmente mencionar la posibilidad de que en el Código de Infancia y Adolescencia, por remisión normativa a la ley 906 de 2004 se implemente la mediación; clasificada por el autor como: Mediación Víctima-Agresor y Mediación Indirecta. (Ariza, 2007b, p. 21)

En lo que a iniciativas legislativas se refiere, el proyecto de ley 119 de 2009 de la Cámara de Representantes⁴, intentó fallidamente regular y ampliar los efectos de la

⁴ Iniciativa de Tarquino Pacheco Camargo, Representante a la Cámara por el departamento del Atlántico.

justicia restaurativa en materia penal, sin embargo, fue conceptuado negativamente en el informe de ponencia para segundo debate.

Este proyecto pretendía reformar el artículo 523 del Código de Procedimiento Penal que trata sobre mediación. En su redacción, fueron encontrados errores que vulnerarían los derechos de las víctimas porque se pretendía establecer una serie de beneficios y rebajas punitivas, a partir de los resultados restaurativos, dependiendo de la etapa del proceso en que se obtenían o incumplían.

En su momento, se argumentó que el artículo 526 de la ley 906 de 2004 ya regulaba los efectos de la mediación en su inciso segundo, estableciendo que el mediador es el que debe expedir un informe de los resultados y remitirlo al fiscal o al juez según el caso, para que valore o determine sus efectos en la actuación. Por tal razón se consideró la no interrupción de la potestad que tienen los juzgadores, para decidir sobre sus fallos, es decir, no regular la actividad intelectual del juez frente al caso concreto.

Durante el año 2010 se tramitó, el proyecto de ley 148 del Senado, publicado en la gaceta 613 del Congreso, con el que se pretendía, principalmente, aumentar y agravar las sanciones penales para adolescentes, ampliar el término de edad para ejecutar la sanción, cambiar el lugar de reclusión para algunos delitos de alta potencialidad punitiva y reformar la prohibición de antecedentes judiciales, adoptando tácitamente la retribución dentro de la sanción. Esto, se evidencia en la exposición de motivos del capítulo de antecedentes y justificación, como sigue:

Tal y como ha sido concebida la sanción penal para los infractores mayores de edad, hoy el postulado que pretende cobrar vida jurídica en el Congreso de la República, recoge e integra a la ley los principios rectores que en materia penal

reglan las sanciones y que obedecen a la NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD, de las mismas. Y que adquieren mayor importancia en el desarrollo de la prevención general y especial del delito, así como la retribución justa, la reinserción social y la protección en este caso al adolescente, garantía que no se busca desconocer, sino afianzar y fortalecer dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. (Gaceta 613 de 2010, Congreso Nacional de la República de Colombia)

Al respecto, la doctrina internacional proporciona suficientes textos sobre el tema de la mediación penal, aun cuando no se desarrollan los contenidos normativos colombianos, limitándose su estudio al análisis de la normatividad interna de cada país.

Entre estos textos, se encuentra el estudio de Sánchez Concheiro (2006), de donde se extracta un aporte importante, en lo referente a la política criminal estatal que se ha adoptado en los diferentes modelos de Estado como el neoliberal-tecnocrático. De igual manera, el autor hace referencia a los orígenes ideológicos-criminológicos del tema, a las concepciones del Estado social y el Estado penal y, a las consecuencias y críticas relacionadas con el grado de tolerancia cero ante la violencia de los adolescentes, poniendo como ejemplo, campañas de España y Estados Unidos como la “ley y orden”, con la que se proponen los aumentos de penas y la prevalencia de la seguridad.

De esta forma, se evidencia que el problema de la delincuencia, tanto en adultos como en menores, se desarrolla por diversos factores, entre los cuales es posible reconocer: el alcoholismo, la drogadicción y la desestructuración familiar. Estas situaciones problemáticas, han sido identificadas en la mayoría de los casos de jóvenes que se encuentran institucionalizados desde los 7 años, en centros de protección o reformatorios. (Sánchez, 2006, p. 139)

Seguidamente, en la segunda parte del texto, Sánchez (2006, p. 138) describe un trabajo de campo efectuado con internos de distintas prisiones, a través de programas de mediación penal. En este acápite, el autor presenta estadísticas sobre participación en mediación y efectúa el análisis de algunas entrevistas y procesos realizados con los internos, detallando: 1. Labor efectuada por el facilitador en cada una de ellas, 2. Metodología implementada y 3. Percepciones de las partes para concluir en los perfiles de los internos y las víctimas.

Por otra parte, Picontó Novales (2007), realiza un análisis de la legislación española en el artículo *Responsabilidad, Protección y Derechos de los menores* ilustrando la filosofía del sistema jurídico de España y lo regulado por la LO 5/2000 del 12 de enero, en la que se concluye que esta legislación es formalmente penal y sustancialmente sancionadora-educativa.

Se destaca que a partir de la LO 5/2000, el Ministerio Fiscal tiene la iniciativa procesal y la dirección de la investigación, además de ser el garante de los derechos de los menores; y que los jueces de menores tienen la competencia para conocer de los hechos cometidos por los mayores de 12 años y menores de 16 (Picontó, 2007, p. 54)

De la lectura de este escrito, puede concluirse que se adoptan los principios establecidos en el derecho internacional de derechos humanos para el tema penal de menores, primordialmente impulsado por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 36/1991 que operó como “el detonante para un cambio que se resistía” y obligó a adoptar la legislación interna a la Constitución y al DIDH. (Picontó, 2007 p 77).

No obstante, llama la atención que a pesar de que la mencionada LO 5 /2000 al igual que la LO 4/1992, apostaron claramente por medidas orientadas a la reinserción

social de los menores, en detrimento de las funciones retributivas y de la prevención general de la justicia juvenil, dándole prevalencia a los intereses superiores respecto de los intereses de las víctimas, ante el alto índice de criminalidad; se han efectuado recientes reformas para crear un contexto de reforzamiento punitivo, planteando un cuestionamiento respecto de un retroceso en relación con los avances introducidos.

Sobre las últimas reformas para el incremento de las sanciones en materia de infancia y adolescencia en España, Higuera Gimerá (2005, p.11-18)⁵ en su artículo, *La transformación de la originaria ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y sus consecuencias jurídicas*, estima que, le merecen un juicio muy negativo, dado que no acogen el superior interés del menor perseguido por la LORPM, ni se compaginan con los principios básicos de derecho penal, sino con otros muy distintos catalogados como graves y poco convenientes.

Puede a su vez, destacarse el libro de González Cussac y Cuerda Arnau (2006) *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, que surge como compendio de los trabajos de los asistentes a los diversos seminarios convocados por la Universitat Jaume, a raíz de las inminentes reformas a la LO 5/2000, constitutiva de la ley orgánica reglamentaria reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Esta publicación hace un estudio profundo de los eventos en los que procede la medida de internamiento, su naturaleza, justificación, requisitos; y específicamente el tratamiento penitenciario sobre la mayoría de edad para el momento de la consumación de la infracción penal, considerando además si se trata de un delito continuado, permanente, habitual o de otras creaciones doctrinarias.

⁵ Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1195598>

Otra de las discusiones que presentan los autores Cervelló y Colás (2006, p. 76) tiene que ver con la identificación de que la previsión legal española, que remite a los menores sometidos a medida de internamiento, para el momento del cumplimiento de los 23 años; vulnera normas internacionales sobre la materia, como son, las reglas de Beijing y de la ONU para menores privados de la libertad. Frente a ello, los autores proponen que hay que reservar dicha medida para los casos más graves, no por la importancia del delito sino por la personalidad del menor que requiera continuar la intervención.

De igual manera, en la obra de Tamarit Sumalla y Villacampa Estiarte (2006), se encontraron fundamentos sólidos sobre la mediación, en el sistema penal juvenil español. Estos autores discuten la posibilidad de acudir a mecanismos como la conciliación y la mediación aun con posterioridad a la sentencia que imponga una sanción. De ahí que se pueda afirmar que el tratamiento planteado en estos mecanismos desde la legislación española, es una de las más cercanas aproximaciones a lo pretendido en esta investigación con perspectiva y fundamentos que se soportan en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

Quepa aclarar que si bien, en la obra de los autores, se hacen referencias a los mecanismos de justicia restaurativa en Colombia, no se profundiza sobre los mismos ni se desarrolla analíticamente su contenido, como sí se hace de las normas españolas; quizás porque para la época de su publicación, aun no se encontraba vigente el Código de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006).

1.1 Una perspectiva a seguir

La conciliación, bien sea preprocesal o en el incidente de reparación y, la mediación, han sido estatuidas expresamente por el legislador colombiano, como mecanismos del programa de justicia restaurativa, encaminados a un acuerdo como consecuencia de un proceso en orden a la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, con el objeto de atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y lograr la reintegración de la víctima y del victimario.⁶

Hasta el 2004, la mediación de conflictos en el ordenamiento jurídico colombiano no había sido considerada como instituto procesal para la solución alternativa de controversias judiciales. Tan sólo con la entrada en vigencia de la ley 906 del mismo año, la mediación surge a la vida jurídica nacional como mecanismo de justicia restaurativa.

En la implementación de las políticas y principios básicos del nuevo modelo de justicia, se contempla la mediación en el artículo 521 de procedimiento penal, para la búsqueda de la participación del victimario en la solución de su caso, como de la víctima en la reparación del daño causado por el delito.

Con esto, la mediación adquiere gran importancia para desarrollar los postulados de la misma Constitución, así como los fines esenciales del Estado Social de Derecho, según se extracta del artículo 2° de la Carta Política: servir a la comunidad y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

⁶ En particular el resultado restaurativo buscado a través de la mediación, puede referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; a la realización o abstención de determinada conducta; a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón, conforme se desprende del inciso segundo del artículo 523 de la ley 906 de 2004.

De igual manera, encuentra la mediación su fundamento, en el preámbulo de la Constitución de 1991 y en el Art. 22, entre otros, que hace referencia a que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” y, de especial relevancia a nivel internacional⁷. Esto supone la aplicación de este mecanismo, en razón de la existencia del bloque de constitucionalidad, en cuanto nos atañe el derecho a la paz, que ha sido a través del tiempo el anhelo de todas las sociedades, tal como lo confirma la ley 906 de 2004.

Así, la mediación se justifica en el nuevo modelo de justicia, al entenderse que si la jurisdicción penal, es una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo de la víctima con el presunto victimario, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos, puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir.

En este orden de ideas, con la mediación en el nuevo sistema penal se pretende un acercamiento facilitado por un tercero neutral, entre el presunto autor de la conducta punible y la víctima, interesados en solucionar el conflicto para buscar la reparación del daño causado ya que el delito es la acción de causar el daño a otro, según su nueva concepción en el sistema.

Si bien es cierto, el mediador puede ser un particular o un servidor público designado, sin importar su categoría o cargo, al no establecerse expresamente en la

⁷ El derecho a la paz es un propósito fundamental del Derecho Internacional, tomando como parámetro el preámbulo y varias disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, como de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el preámbulo y en la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos. También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmados en 1966.

normatividad algunos requisitos expuestos para ello, no debe desconocerse que debe ser una persona capacitada, con aptitud para dirimir conflictos y suficiente experiencia, dotado de destrezas y cualidades personales para ejercer a cabalidad su labor, cual es lograr el entendimiento de las partes para llegar a hacer justicia restaurativa, planteando y aclarando cuestiones que han sido pasadas por alto, o que no han recibido la suficiente atención; ayudando a las partes a concebir y a comunicar nuevas ideas y, reformulando propuestas en términos más aceptables.

Es por ello, que resulta necesaria la capacitación especializada de las personas dedicadas a la mediación para que ejerzan dentro del campo penal, con el fin de facilitar su participación activa en estos procesos; pues con frecuencia, se ven abocadas a realizarla, sin conocer los aspectos teóricos y prácticos que ello conlleva; siendo la falta de conocimientos y experiencia, sin duda, el origen de muchos fracasos, cuando se acude a este mecanismo restaurativo.

No debe pasarse por alto la trascendencia que adquiere este tema en el contexto histórico actual, pues la mediación es planteada como respuesta a la criminalidad y orientada, entre otras cosas, al restablecimiento de la paz social, buscando que el ofensor se enfrente con sus propios actos, reconozca las consecuencias acerca del daño que ocasionó, e intente la reparación del agravio al reconocer su responsabilidad.

Por las implicaciones que tiene, someterse al mecanismo restaurativo de la mediación, resulta necesario precisar que para acudir a ésta, se requiere una voluntad expresa de los actores o partes de la mediación, por cuanto si se conviene libremente acudir a esta figura, de lograrse un acuerdo o resultado restaurativo, no es posible el ejercicio de la acción civil derivada del delito ni el incidente de reparación integral.

Al respecto, Ardila y Sabogal (2009, p. 31) sostienen en su texto *Los mecanismos de terminación anticipada en el nuevo sistema penal acusatorio*, que la mediación tiende a excluir el ejercicio de la acción civil derivada de las consecuencias de la conducta punible, así como adelantar y economizar procesalmente el incidente de reparación integral. Este supuesto, aporta una teoría muy trascendental en cuanto al tema porque incluso daría derecho a que el tercero civilmente responsable, también pudiera incoar la acción de la mediación, con citación de las partes y de quien deba ser llamado en garantía.

En cuanto a la procedencia de la mediación, se debe decir, que puede acudirse a ella, una vez formulada la imputación y hasta antes del juicio oral, sin que se pueda asegurar que las partes en conflicto no tengan otros mecanismos para llegar a un consenso sobre la reparación del daño causado, pues antes de la formulación de la imputación, el mecanismo de justicia restaurativa que procede en el nuevo sistema procesal penal, es la conciliación preprocesal; y aun iniciado el juicio oral una vez anunciado el fallo condenatorio, se puede acudir a la conciliación en el incidente de reparación, siempre y cuando la eventual mediación a la que se haya acudido no hubiere tenido éxito.

Sobre la viabilidad de acudir a la mediación frente a los distintos delitos que son objeto de investigación en el proceso penal, se puede afirmar que, en principio podría solamente proceder en aquellos perseguibles de oficio, según se desprende de la lectura del artículo 524 del Código de Procedimiento Penal, pero sería inadmisibles aceptar que una vez fracasada la conciliación preprocesal en los delitos querellables, las partes, tanto víctima como victimario, quedaran sin la posibilidad de otro mecanismo de justicia restaurativa.

Por ello, es posible la mediación, también cuando se trate de delitos que requieren querrela, es decir, se puede predicar de toda clase de delitos y a esto hace referencia el artículo 522 del código ya citado, cuando tratándose de conciliación preprocesal, se establece que si se realizare en el centro de conciliación o conciliador reconocido como tal, este deberá enviar la copia del acta que así lo conste al fiscal, donde se indica que en el evento de no ser exitosa, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente y sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Los que no se pueden desconocer, son los efectos que se producen de llegarse a un resultado restaurativo, referente a cada uno de estos mecanismos en uno u otro caso, bien se trate de aquellos perseguibles de oficio o no. En los delitos que requieren querrela o petición de parte, si los actores del injusto en forma expresa, libre y voluntariamente se acogen a la mediación, de llegarse a un acuerdo se procederá como en el caso de la conciliación preprocesal al archivo de las diligencias.

Por otro lado, si se trata de mediación en cuanto a delitos investigados de oficio, de llegarse a un acuerdo, los efectos son diferentes, bien se trate de aquellas infracciones a la ley penal que tengan señaladas penas de prisión cuyo mínimo no exceda de cinco años, o aquellos delitos donde el mínimo de la pena de prisión exceda los cinco años.

Sobre estos efectos de la mediación, en el primero de los ámbitos señalados, esto es cuando se trata de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de la pena de prisión sea inferior a cinco años, de darse la reparación de las consecuencias del delito, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados; la realización o abstención de determinada conducta; la prestación de servicio a la comunidad o el pedimento de disculpas o perdón, lo que conocemos por resultado restaurativo; es viable la extinción

de la acción penal en casos como la indemnización integral al afectado, frente al decaimiento del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal.

Puede darse también la aplicación del principio de oportunidad en cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba, hasta por tres años, para verificar el cumplimiento del acuerdo, lapso al cabo del cual de presentarse efectivamente dicha circunstancia, se daría el archivo de las diligencias, previo el control judicial, caso que corresponde al juez con funciones de control de garantías y, a solicitud del fiscal.⁸

Es necesario que la víctima tenga la facultad de disponer del bien jurídicamente protegido, valga decir, que se encuentre dentro de su órbita personal de disponibilidad, pues si se trata de varios los perjudicados con el injusto penal, como ocurre cuando se afectan comunidades, o varias personas dentro de la sociedad, no produciría efectos, al comprenderse que para acudir a esta figura, es necesario el expreso consentimiento de todas las víctimas.

Referente al consentimiento libre y voluntario de acogerse tanto la víctima como el imputado concretamente a la mediación, como mecanismo de justicia restaurativa, las reglas generales Art. 519 Numeral 1 del Código de Procedimiento Penal dicen:

Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente Código y en particular por las siguientes reglas: 1.

Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima

⁸ La anterior consideración en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad en estos casos, tiene su fundamento en el artículo 324 del CPP, específicamente la causal 8ª que establece la aplicación de este principio “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y, como consecuencia de éste se cumplan con las condiciones impuestas”. Por otro lado referente a la suspensión del procedimiento a prueba como una de las formas a través de las cuales actúa este principio señalado, puede encontrarse en el artículo 250 de la Constitución Política. y cuyo término máximo lo establece el artículo 326 de la ley 906 de 2004.

como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

En este orden de ideas, en el segundo de los casos, cuando se trata de aquellos delitos perseguibles de oficio, donde el mínimo de la pena de prisión, exceda los cinco años, los efectos de la mediación son distintos, esto atendiendo el principio de proporcionalidad, frente al cual únicamente será considerada la mediación, para otorgar al imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena, para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción.

Tratándose de este tipo de delitos de alta potencialidad punitiva, no es viable la extinción de la acción penal, no obstante, sí se adquieren beneficios procesales. Pero de llegarse a un resultado restaurativo, se restringe la posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada de la conducta punible y, al incidente de reparación integral.

En párrafos anteriores se decía, que en los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de la pena de prisión no exceda de cinco años, se requería, para acudir a este mecanismo de justicia restaurativa, que la víctima tenga la facultad de disponer del bien jurídicamente protegido, valga decir, que se encuentre dentro de su órbita personal de disponibilidad, pues el acuerdo tiene la capacidad de afectar el ejercicio de la acción penal. Pero situación diferente sucede, si en el delito investigado de oficio su pena mínima de prisión se excede de los cinco años referidos, donde no es necesario este requisito de disponibilidad del bien jurídicamente protegido por parte del victimario, al no ser posible la extinción de la acción penal, a tono con el principio de investigación

oficioso, pregonado en la Carta Política que vincula a la Fiscalía, sin desconocer las excepciones regladas que el legislador ha configurado (Art. 250 de la Carta).

En estos distintos ámbitos de aplicación la mediación, lo que pretende, entre otras cosas, tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional colombiana, es la “satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y, a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica”.⁹

Así, lo que busca la mediación en general, hoy aplicada en materia penal, como mecanismo alternativo de justicia restaurativa, es que sirva de instrumento para que las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de las personas involucradas en el conflicto, adopten un papel trascendental en pro de la paz social y la convivencia pacífica anhelada.

Con ello, adquiere el mediador un alto grado de compromiso y responsabilidad por el fin último perseguido, siendo esta labor solamente confiada a aquel, quien tenga experiencia, conocimientos, destrezas y habilidades suficientes para generar ese espacio y ambiente, que tanto necesitan los sujetos involucrados en el conflicto, para que compartan sus sentimientos y, elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocas.

Todo esto, hace que la comunicación y las emociones, sean piedra angular sin los cuales no se podría tener el mismo éxito en la mediación de conflictos, pues de lo

⁹ Este aparte fue tomado de la Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, Referencia: expediente D-5590 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

que se trata es de restablecer relaciones en lugar de destruirlas, en consecuencia, el mediador debe ser bastante paciente, tolerante y reflexivo para formular acuerdos que resuelvan los problemas actuales, prevean sus necesidades y salvaguarden las relaciones para el futuro, siendo este el enfoque que se le debe dar a la mediación en materia criminal.

En este sentido, el mediador requiere un fuerte sentimiento de auto confianza, el cual no puede debilitarse por la ira o la falta de consideración de las partes, pues las manifestaciones de emociones fuertes constituyen una parte importante de la mediación. Esta es una de las razones por las que puede dar buenos resultados cuando otros métodos fallan, pues el mediador debe tener la suficiente experiencia como para dejar que los sujetos se alteren y expresen sus emociones y, también para frenarlas, moderando las exigencias que no son realistas y comprobando la receptividad a nuevas propuestas.

No se trata que el mediador sea quien solucione el conflicto a las partes o que les imponga las obligaciones a cada uno de forma arbitraria, sino que sean ellos mismos quienes lo solucionen, por ser el mediador tan sólo un colaborador en todo este proceso, que propicia el acercamiento entre las partes, para que haya un reconocimiento mutuo. Para ello el método más seguro es que el mediador se limite a hacer preguntas que estimulen a las partes a pensar creativamente en busca del resultado restaurativo, sin que le esté vedado presentar ideas para la solución.

Sobre este fundamento, se considera que si no se cumple un verdadero rol como mediador dentro del proceso penal, podrían generarse nulidades en los procedimientos, de demostrarse tal situación, en tanto resulta ser una garantía y un derecho para la

víctima y ofensor en nuestro Sistema Penal Acusatorio Colombiano, que al pasarse por alto, afectaría el debido proceso.

En relación con lo anterior, se comparte integralmente la postura de Tamarit y Villacampa, en la obra *Victimología, justicia penal y justicia reparadora* (2006, p. 320), quienes discuten la previsión establecida en el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal colombiano, que establece que los programas de justicia restaurativa pueden desarrollarse con o sin facilitador. Los autores se apartan de tal disposición argumentando a renglón seguido que:

La selección, formación y entrenamiento de los facilitadores es una de las condiciones de mayor importancia de las que depende el buen funcionamiento de estos procesos no formales, de modo que se asegure que reúnan las suficientes habilidades, propias de la inteligencia emocional, para establecer empatía y favorecer la comunicación entre los participantes, sensibilidad hacia la víctima y conocimientos adecuados tanto en el orden jurídico como en el psicológico. (Ibíd.)

Finalmente, con estos planteamientos, se concluye que el mediador debe tener una formación integral, no solamente en cuanto a la información o adquisición de conocimientos propios de la mediación, sino también en cuanto a desarrollar, equilibrada y armónicamente, diversas dimensiones del sujeto en lo intelectual, lo humano, lo social y lo profesional. Se trata de que los mediadores desarrollen la inteligencia emocional y la capacidad de resolver y manejar equilibradamente sus emociones con la razón.

1.2 Precisión conceptual, contenido nacional y alcance internacional

La justicia restaurativa es todo proceso en el que la víctima, el victimario y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por hechos que constituyan violación a la legislación penal, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de tales trasgresiones, por lo general, con la ayuda de un facilitador, en busca de un resultado restaurativo.

En términos de Chaparro Borda (2009, p. 119) los programas de justicia restaurativa son:

Planes de acción especialmente diseñados para lograr de manera eficiente la restauración; éstos se desarrollan a través de procesos que corresponden a una serie de actos no formales ni judiciales de características disímiles según la cultura de cada país, en los que se acude a la mediación; la facilitación o la conciliación como instrumento metodológico adecuado para lograr la participación activa de víctima, victimario y, cuando es del caso, de la comunidad, en la resolución de las cuestiones que derivan del delito.

Sobre el mismo concepto, la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005 señala: “La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario.”

Bernal y Molina (2010, p. 35) desarrollan el concepto de la siguiente manera:

La justicia restauradora *como dialogante con la justicia estatal penal* busca tener sus propios principios reguladores, cobrando distancia con el abolicionismo, porque la diferencia entre aquella y este, radica en que la justicia restauradora

mantiene el concepto de delito y en tanto el abolicionismo sugiere prescindir de él; la justicia descarta un uso mínimo de la pena de prisión y la justicia restauradora opta por mantener aspectos claves del sistema penal estatal.

1.2.1 Alcance nacional e internacional

La justicia restaurativa como pilar fundamental de la política criminal adoptada en la nueva concepción de justicia penal, ha adquirido relevancia en el Estado colombiano a partir del Acto Legislativo No. 03 de 2002.

El artículo 250 N° 7 de la Constitución Política, textualmente establece como funciones de la Fiscalía General de la Nación, velar por la protección de las víctimas, jurados, testigos y demás intervinientes en el proceso penal y, que la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

La Regla 11.1 de Beijing¹⁰ obliga al Estado colombiano a examinar la posibilidad de resolver los conflictos penales de los adolescentes “sin recurrir a las autoridades” judiciales y procurar “facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”. Esta es quizás la fuente a nivel de instrumentos internacionales que sirve de fundamento para adoptar como principio rector, a la justicia restaurativa dentro del sistema penal de adolescentes.

Estas obligaciones establecen que en la legislación interna:

Se prevean opciones sustitutorias viables del procedimiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan

¹⁰ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing») 1985.

especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras trasgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aún cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho de que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)

Así mismo, se encuentra como origen de los programas alternativos de justicia restaurativa, la Directriz 5 de Riad -principios fundamentales- conforme a la cual la prevención de la delincuencia de adolescentes demanda “estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que evitan criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás.”¹¹

Esto, se relaciona con la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de DD.HH (Fundamentos 119 y 135), que afirma “Tratándose de responsabilidad penal de adolescentes se requiere la utilización de medios alternativos y que la actuación sea gobernada por el criterio de oportunidad (...) las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños (...) en este sentido son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de controversias.”

De esta manera, se legitima el origen y aplicación del principio de subsidiariedad, a propósito de la justicia alternativa de solución de conflictos, frente al

¹¹ Esta misma disposición fija que “La política y las medidas de esa índole deberán incluir (...) c) Una intervención oficial que se guíe por la justicia y la equidad y, cuya finalidad primordial sea velar por el interés general de los jóvenes, (...)f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de «extraviado», «delincuente» o «predelincente» a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

ejercicio de la acción penal, que resulta más adecuada y eficaz para los adolescentes infractores, en busca de soluciones por vía no judicial formal “siempre que sea apropiado y deseable (...) sin recurrir a procedimientos judiciales.”¹²

En este sentido, la regla.11.2 de Beijing determina que “la policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial.” entendiendo para los casos donde sea procedente la conciliación preprocesal, e incluso para los casos sobre mediación, una vez iniciado formalmente el proceso penal, a partir de la formulación de la imputación, que debe suspenderse el proceso, hasta tanto no se adelante el trámite de dicho mecanismo de justicia restaurativa en busca de la solución por esta vía.¹³

En todo caso, no pude perderse de vista que tratándose de esta justicia de menores “Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social”¹⁴, por tanto se deben, en consonancia con la directriz 58 de Riad, crear servicios y programas con base en la comunidad, en busca de lograr prevenir la delincuencia juvenil. Esto, conlleva la necesidad de capacitar personal que deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios y, recurrir a ellos, en la medida de lo posible, con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.¹⁵

¹² Art. 40.3 b CDN, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Al respecto, ver también la Resolución 2002/12 del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social que “ 2. Alienta a los Estados Miembros a que se basen en los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal para la elaboración y gestión de programas de justicia restaurativa.”

¹³ R.17.4 de Beijing “La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.”

¹⁴ Directriz 6 de Riad

¹⁵ Pese a lo anterior, es usual que en la práctica judicial no se cuente con personal idóneo capacitado como mediadores dentro del proceso penal, siendo esta una de las razones por las cuales no se da plena

El tratamiento diferenciado para el adolescente¹⁶ con relación a los adultos infractores, legitima la aplicación preferente de la justicia restaurativa en el proceso penal¹⁷, en busca del mismo fin perseguido por el proceso que es para aquel, educativo, protector y restaurador y, por este motivo:

Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad¹⁸.

Entendiéndose por niño también los adolescentes, al comprendérseles como menores de 18 años de edad.¹⁹

En este contexto, se demanda al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes una justicia restaurativa con enfoques diferentes y criterios de éxito más flexibles para su valoración, con lo que se materialice lo atinente al tratamiento de *especialidad*²⁰, con normas sustantivas, procedimientos, autoridades judiciales y

aplicabilidad a este mecanismo de justicia restaurativa en Colombia, distinto sustancialmente al de la conciliación que tradicionalmente se maneja en el país; y por el otro lado, el desconocimiento tanto de los funcionarios como de la comunidad –usuarios de la justicia– sobre el trámite y procedencia de aquel mecanismo.

¹⁶R. 2.2.a de Beijing “Menor es todo niño que con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto”.

¹⁷R. I.1 de La Habana “...El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.”

¹⁸Art. 40.1 CDN

¹⁹Art. 1 CDN “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad.”

²⁰Art. 40.3 CDN “Los Estados Partes tomarán todas las medidas (...) para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales.”

sanciones especiales²¹; de considerarse necesarias y adecuadas, a pesar de obtener un resultado restaurativo; distintas del sistema penal ordinario, orientado por el interés superior del adolescente²² como lo prevé la regla 2.3 de Beijing.

Esta regla, determina que en cada jurisdicción nacional se procure promulgar un conjunto de leyes aplicables específicamente a los menores delincuentes donde se tendrá por objeto responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes y, al mismo tiempo, proteger sus derechos básicos y satisfacer las necesidades de la sociedad.

El proceso de justicia restaurativa deberá siempre favorecer los intereses del menor y “se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”²³. Así las cosas, se evidencian los avances sobre reconocimiento de su responsabilidad y arrepentimiento, a través de este diálogo en el proceso alterno, de pedimento de disculpas o perdón, manifestación de verdad como derecho de las víctimas, para imponer con verdadero sentido de ser necesario y adecuado una sanción²⁴ orientada en la prevención y protección y, no como castigo²⁵.

El ejercicio de la acción penal, no debe ser la regla general para enfrentar el fenómeno de la delincuencia de adolescentes, solo en los eventos que se estime apropiado y deseable, “se deben tomar medidas para tratar al adolescente infractor sin

²¹Art. 40.4 CDN “Se dispondrá de diversas medidas... así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.”

²²Art. 3.1 CDN “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

²³ R.14.3 de Beijing

²⁴ R.16.1 de Beijing) “Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente y, a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.”

²⁵ R.17.1 a. de Beijing “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.”

recurrir a procedimientos judiciales”²⁶, sin embargo, de resultar imperativa la intervención del Estado mediante el instrumento de control social judicial, es menester, la participación activa del infractor y de sus padres para que procuren la solución por los problemas del delito cometido por el adolescente.

Para ello, se dispone en la normativa internacional, según el Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados partes garantizarán al adolescente (...) el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión (...) y con tal fin, se dará en particular al adolescente oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial que lo afecte”, esto supone que “en todas las etapas del proceso se respetará el derecho a la presencia de los padres o tutores del adolescente.”²⁷

En este orden de ideas, los programas restaurativos se caracterizan por cuatro axiomas fundamentales:

1. Inclusión: Se ofrece la posibilidad de que las partes interesadas en un delito específico participen en su resolución.
2. Participación activa²⁸: Se crean oportunidades con el propósito de que víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad, que deseen hacerlo, se

²⁶ Art. 40.3 b CDN

²⁷ R.7.1 de Beijing

²⁸ En desarrollo de tal postulado, como fundamentos normativos pueden consultarse el artículo 1º de la C.P. Principio de la dignidad humana, que promueve el derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia; la participación como principio del Estado social de derecho y el derecho fundamental a la administración de justicia. Art. 2º de la C.P. El deber de los funcionarios judiciales de propender por el goce efectivo de los derechos. Art. 93 de la C.P. Los derechos y deberes deben interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Art. 250-6-7 de la C.P. Que le otorga rango constitucional a los derechos e intervención de las víctimas en el derecho penal. Acto legislativo No. 3 de 2002 “7. la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.”

reúnan a conversar acerca del delito y sus consecuencias. Las víctimas tienen derecho a que se considere siempre su interés y a intervenir activamente.²⁹

3. Reparación: Se espera que los infractores tomen medidas a fin de reparar el daño que hayan causado. En los adultos, mientras no se haya adoptado una decisión judicial definitiva frente al caso, cualquier momento es oportuno para hallar una solución por vía alternativa que logre la restauración, contrario sensu, para los adolescentes infractores, se posibilita que aun cuando se haya adoptado la decisión mediante sentencia sancionatoria, sea posible facilitar acuerdos restaurativos que inciden sustancialmente para la modificación de su sanción impuesta³⁰, habida cuenta que en términos del artículo 174 del CIA “Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños.”

El adolescente tiene el deber de restituir, indemnizar, reparar o restaurar las cosas como se encontraban antes de producir el daño con su conducta delictiva, “El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”³¹ y para ello “Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán aportar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se

²⁹ Sentencias C-454/06, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño y C-1199/08, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁰ “El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas” inciso final del artículo 178 del Código de infancia y Adolescencia. Finalidad de las sanciones.

³¹ Art. 140 CIA

restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.³²

En derecho comparado, respecto a que el proceso penal debe garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño, se localiza la ley de justicia especial para adolescentes infractores (Decreto 618/06) del Estado de Chihuahua en México, que regulariza:

Artículo 14.- Justicia Restaurativa. Para la solución de las controversias materia de la presente Ley, se adopta el Principio de Justicia Restaurativa, entendido como todo proceso en el que la víctima u ofendido, el adolescente y su padre, madre, o ambos, o representante, participan conjuntamente, en forma activa y en busca de un resultado restaurativo en la resolución de las cuestiones derivadas de la conducta típica. El resultado restaurativo, tiene como presupuesto un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima u ofendido y del adolescente en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. El Ministerio Público, con la finalidad de lograr la justicia restaurativa utilizará, entre otros medios, la mediación y la conciliación.

4. Reintegración: Se intenta devolver a víctimas y delincuentes a la sociedad como miembros completos de la misma, capaces de contribuir a ella. Con ocasión a este aspecto, preciso decir es que, el objetivo fundamental de la justicia penal de adolescentes es lograr que el infractor pueda seguirse

³² Art. 22 L. 906/04

desenvolviendo como ciudadano valioso para la sociedad y, en este sentido, debe orientársele.

Dicha máxima, tiene fundamento en el bloque de constitucionalidad, cuando se pregona en la Convención de Derechos del Niño³³ que “Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” y a su turno también, otra disposición del mismo corte lo refuerza indicando que “El procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su reintegración social.”³⁴

De esta manera, la justicia penal requiere que se implementen a cabalidad en la práctica, los mecanismos de justicia restaurativa, a fin de que ayuden a volver las cosas a su estado original, a aquellos que se han visto perjudicados; y que se cuente con la posibilidad de participar de lleno, en la respuesta al delito por parte de las víctimas y victimarios, para el cumplimiento de uno de los fines del Estado, preservar el justo orden público y que la comunidad construya y mantenga una justa paz.

1.2.2 Formas de justicia restaurativa en el ámbito nacional

El Código de Procedimiento Penal aplicable para adultos, presupone la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa: conciliación y mediación, en primer lugar, antes de iniciado el proceso penal formalmente, entendido este a partir de la formulación de la imputación, a través de lo que se denomina conciliación

³³ Art. 40.1 CDN

³⁴ Se hace referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.4.

preprocesal, que incluso es requisito de procedibilidad para la iniciación del proceso tratándose de delitos querellables³⁵.

En segundo lugar, encontramos aplicación de la justicia restaurativa, una vez iniciado el proceso penal o formulada la imputación, mediante el mecanismo de la mediación y ejecutoriado el fallo condenatorio, pues es factible la conciliación en el incidente de reparación integral, quedando imposibilitada la aplicación de justicia restaurativa, con posterioridad a esta etapa procesal del proceso penal en adultos, es decir, una vez proferida la sentencia condenatoria.

En cuanto al tratamiento de adolescentes infractores de la ley penal, a propósito de la forma de justicia restaurativa, fuera de proceso penal, particularmente cuando ya se ha impuesto la sanción por el juez de conocimiento; es viable pensar en aplicar la mediación o conciliación, aun cuando la normatividad expresamente no lo indique de esta manera; pero cimentado en los mismos fines del proceso penal para adolescentes: la sanción y mecanismos de justicia restaurativa, que en nada riñen con el sistema aplicable.

Por el contrario, con fundamento desde la normativa constitucional e instrumentos internacionales, por el carácter diferenciado frente a los adultos, que permiten inaplicar la norma de procedencia de los mecanismos, en los términos de la ley 906 de 2004, al caso concreto, entendiendo que si bien el artículo 144 de la ley 1098 de 2006 CIA, dispone que “El procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la ley 906 de 2004”. La misma

³⁵ Ver delitos que requieren querrela artículo 74 ley 906 de 2004 como condición de procesabilidad de la acción penal, so pena de verse afectada la garantía fundamental al debido proceso “por falta de legitimidad del Estado para adelantar el proceso y dirimir el conflicto” en términos de la sentencia de casación No 25273 del 18 de julio de 2007.

disposición también exceptúa “aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente” y, que al unísono, el artículo 174 ordena que “las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permita la conciliación y la reparación de los daños.”³⁶

En relación al tema de las formas de justicia restaurativa, argumenta Chaparro Borda (2009, p. 116) que “El sistema normativo determina que la justicia restaurativa se logra de dos formas: (i) por la vía del proceso penal mediante la acción pedagógica del funcionario judicial y, (ii) de manera alternativa, por fuera del proceso judicial, mediante programas restaurativos desarrollados a través de procesos de la misma naturaleza, de los que son mecanismos básicos la conciliación y la mediación.”

Para dicho autor, en avenencia con la ley 1098 de 2006 y la 906 de 2004, el concepto de justicia restaurativa, necesariamente está vinculado con el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, citando como sustento el artículo 518 del CPP, al establecer que la citada norma, define el programa de justicia restaurativa como “Todo proceso en el que la víctima y el imputado acusado o sentenciado participan conjuntamente en forma activa de cuestiones derivadas del delito”; y refiriéndose al término de imputado, afirma que queda subordinado el programa de justicia restaurativa y a la existencia del proceso penal formal, es decir, a partir de la formulación de la imputación, concluyendo “que el adolescente debe tener por lo menos la calidad de imputado”. (Ibíd.)

³⁶ Sobre el particular, concerniente a la procedencia de la mediación aun después de impuesta la sanción al adolescente, se tratará a profundidad en capítulos posteriores del presente trabajo académico.

Sin embargo, en nuestro criterio, es posible entender un posible error legislativo en la redacción de la norma en comento, lo que con armonía interpretativa en la sistemática normativa subsiguiente, se entiende superado, para indicar que aun cuando no exista proceso penal formalmente, o calidad de *imputado*, al no haberse realizado aun la formulación de imputación, es viable predicar la aplicación de otra forma de justicia restaurativa por fuera del proceso judicial a través de la conciliación preprocesal.

2. CAPÍTULO SEGUNDO: ADMISIBILIDAD DE MECANISMOS ALTERNOS EN PROCESOS DE ADOLESCENTES

Coherente con lo sostenido sobre las formas de justicia restaurativa, el artículo 521 de la ley 906 de 2004 establece como mecanismos restaurativos, la conciliación³⁷ bien sea, preprocesal o en el incidente de reparación integral; y la mediación. Ambos mecanismos, por remisión normativa del artículo 140 del CIA, son aplicables al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, aun cuando expresamente el artículo 174 de la ley 1098 de 2006, refiera al logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños y en su aparte final, exclusivamente, mencione al conciliador, como quien “buscará la reconciliación con la víctima”.

Pareciera que la norma excluye la mediación o la figura del mediador, al considerarla diferente de la tradicional conciliación, lo que permitiría preguntarse si en realidad es procedente el mecanismo autónomo de la mediación³⁸. Sin embargo, esto puede interpretarse como un vacío normativo o como una falta de previsión legislativa, superada por la remisión al Sistema Penal Acusatorio ya mencionada en los párrafos anteriores.

En cuanto a la conciliación preprocesal, reza el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal (CPP) “La conciliación se surtirá obligatoriamente y como

³⁷ Conciliación: En materia penal es el acto jurídico el que el sujeto pasivo de la conducta punible - querellante legítimo, o el perjudicado y el infractor de la ley penal, en una audiencia o sesión especial presidida por el funcionario competente -Fiscal, Juez o Conciliador- llegan a un acuerdo que, en relación con el primero, implica una solución rápida, efectiva y posible -jurídica y físicamente- en condiciones satisfactorias y, en relación con el segundo, el Estado queda inhibido para iniciar o proseguir la acción penal por los hechos punibles taxativamente señalados por el Legislador.

³⁸ Tocante al interrogante planteado, si en principio procede o no la mediación en el SRPA, se tratará en el capítulo “Perspectivas de la mediación en el SRPA en Colombia.”

requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.” Lo que implica que tratándose de delitos querellables, el ejercicio de la acción penal se activa una vez agotado el mecanismo preprocesal de la conciliación, bien sea porque el querellado no asistió, las partes no llegaron a un acuerdo, o porque convinieron en el arreglo pero este no se cumplió.

En tal caso, el instructor tiene la obligación de seguir adelante con la investigación y, si corresponde, acusar a los infractores de la ley penal, a menos que se cumpla el acuerdo y se archive³⁹, se extinga la acción penal; o en su defecto se desista⁴⁰ de la misma, al admitirse tal figura para este tipo de delitos querellables⁴¹ en los que procede la conciliación, tal y como lo anuncia el artículo 173 del CIA y 82 del CPP.

La naturaleza y alcance de la justicia restaurativa, en el marco del nuevo sistema de procesamiento que nos rige, han sido objeto de examen de la Corte Constitucional, al indicar lo siguiente⁴²:

El legislador reguló en el libro VI de la ley 906 de 2004 (Arts. 518 a 527) la materia relativa a la justicia restaurativa, definiéndola como aquel proceso en que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito. Su objetivo

³⁹ Inc. 3 artículo 522 CPP “Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fuere exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.”

⁴⁰ La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión en consonancia con el artículo 522 inciso 4°.

⁴¹ Art. 172 CIA

⁴² Sentencia C-979 de 2005.

es el de buscar un resultado restaurativo. Dicho proceso se puede adelantar con o sin la participación de un facilitador.

Conforme a la ley, el resultado restaurativo consiste en el acuerdo logrado, orientado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad. Objetivos que se buscan a través de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Los mecanismos a través de los cuales opera la justicia restaurativa, en el sistema procesal colombiano, son la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación (Art. 521), a saber:

La conciliación preprocesal 49. Conforme al nuevo estatuto procesal penal la conciliación constituye uno de los mecanismos de justicia restaurativa a través del cual tanto víctima como el ofensor acuden ante un tercero imparcial, a fin de lograr un acuerdo conciliatorio, en el que a través de una participación activa y cooperante, plasman compromisos recíprocos orientados a superar el conflicto en que se vieron involucrados.

La conciliación preprocesal opera respecto de delitos que requieren querella para la iniciación de la acción penal (Art. 74 CPP.), los cuales conforme a la tradición jurídica colombiana son desistibles. Siguiendo criterios que conforme a la ley 640 de 2001, se aplican a la conciliación en áreas jurídicas diferentes a la penal, se exige como requisito de procedibilidad el agotamiento de la conciliación.

De manera que, conforme al nuevo sistema procesal penal, los delitos querellables demandan la instauración de la querella y el agotamiento de la conciliación para la iniciación de la acción penal. La conciliación se puede realizar ante el fiscal que

corresponda, en un centro de conciliación, o ante un conciliador reconocido como tal. Si hubiere acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias; en caso contrario, este funcionario ejercerá la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La conciliación procesal en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes⁴³, es causal de extinción de la acción civil y puede llevarse a cabo en todo momento de la actuación. Sin embargo, de no haberse llevado a cabo, debe intentarse en el incidente de reparación integral, una vez ejecutoriada la sentencia sancionatoria, con los padres, o representantes legales, quienes son solidariamente responsables y en tal calidad, deberán ser citados y acudir a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor.⁴⁴

A propósito, de la conciliación en la reparación integral, el artículo 86 de la ley 1395 de 2010 que reformó el artículo 102 de la ley 906 de 2004, introdujo unas modificaciones relevantes frente a la etapa en que procede el mencionado incidente en el proceso penal, siendo posible exclusivamente su ejercicio, en firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella y, debe entenderse que caduca la posibilidad de solicitar la reparación integral por este procedimiento especial, treinta días después de ejecutoriado el fallo sancionatorio⁴⁵.

⁴³ Procesal Ley 23 de 1991, Ley 640 de enero de 2001

⁴⁴ Art. 170 del CIA

⁴⁵ Artículo 89 ley 1395 de 2010. El artículo 106 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 106. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

Se precisa, que será el juez fallador quien convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que se dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este código, de ser solicitadas por el incidentante.⁴⁶

Resáltese en este orden, el presupuesto, de que los padres o representantes legales son parte en las conciliaciones realizadas en el incidente de reparación integral, es decir, es imperativa su citación, so pena de vulneración al derecho fundamental del debido proceso y al derecho de defensa, incluso como causales de nulidad de la actuación en la audiencia del trámite incidental, puesto que si “las conductas punibles realizadas por personas mayores de 14 años y que no hayan cumplido los 18 años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil”⁴⁷, la responsabilidad civil necesariamente debe ser asumida por aquellos, ante el incumplimiento a su deber de vigilancia y buena formación, es decir, que los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores⁴⁸.

Aunado a ello, soporta esta afirmación el inciso final del artículo 522 del CPP en relación con la conciliación, que “En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal” y no podría pensarse de manera distinta, al

⁴⁶ El artículo antes de la modificación señalaba la procedencia del incidente de reparación una vez anunciado el sentido condenatorio del fallo así: “Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, sólo podrá ser formulado por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

⁴⁷ Art. 169 CIA

⁴⁸ Art. 2348 CC

considerarse que de lo que se trata es de lograr un acuerdo serio con garantía de cumplimiento por parte de adultos capaces, responsables en caso de comprometerse patrimonialmente y en términos de la Corte Constitucional⁴⁹ donde se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes.

En los términos de la idea precedente, recuérdese que la conciliación, debe entenderse como un acto complejo, integrado por el acuerdo entre las partes y el efectivo cumplimiento de lo pactado, porque de otra forma, si se limita su ejercicio al cumplimiento de una formalidad, o si se entiende agotada con el simple acuerdo de voluntades y no se materializa lo convenido, la aspiración de la víctima a obtener la reparación del agravio ocasionado con la conducta punible, se torna inocua.⁵⁰

Es importante precisar, que si bien se ha indicado la imperativa citación para la concurrencia de los padres o representantes legales, al trámite del incidente de reparación integral, donde es viable la conciliación, no puede predicarse lo mismo o prosperar nulidad alguna ante la omisión de la citación o no comparecencia de los mismos, para la conciliación realizada fuera del incidente pluricitado, habida cuenta que la norma en comento-170 CIA- claramente alude a que la solidaridad surge cuando ya se ha declarado la responsabilidad, antes no. Es decir, cuando ya se ha obtenido fallo sancionatorio, que es precisamente a partir del cual procede el incidente de reparación y que son responsables civilmente los padres o representantes legales.

En este evento, si el adolescente, adquiere compromisos en aras de lograr el resultado restaurativo y, por causas ajenas a su voluntad, no pudiese cumplir a

⁴⁹ Sentencia C-160 de 1999

⁵⁰ Sentencia de la CSJ Sala de Casación Penal, Rad. 32196 del Nueve (09) de septiembre de dos mil nueve (2009) MP. Alfredo Gómez Quintero.

cabalidad, verbi gracia, en el caso que se comprometa a pagar una suma de dinero que a la postre no puede cumplir en su totalidad, o una fuerza mayor, o caso fortuito que impida su cumplimiento, si se trata de otro tipo de acuerdos no patrimoniales.

No por este simple incumplimiento puede predicarse la inviabilidad de otorgarle efectos plenos de los que tendría derecho si hubiera cumplimiento la conciliación o mediación⁵¹, claro está que cada caso sería objeto de su análisis particular y juicios de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación frente a los derechos de las víctimas y bienes jurídicos enfrentados.

2.1 Solución al conflicto penal en espacios de mediación

La mediación es aquel proceso donde interviene un tercero que facilita la solución del conflicto generado entre las partes. A este tercero se le denomina mediador y, es quien debe realizar reuniones conjuntas y separadas con sus intervinientes, a fin de reducir la hostilidad y establecer una comunicación eficaz; ayudar a las partes a comprender las necesidades y los intereses del otro; formular preguntas que pongan de manifiesto los intereses reales de cada uno de ellos; plantear y aclarar cuestiones que han sido pasadas por alto, o que no han recibido la suficiente atención; ayudar a las partes a concebir y a comunicar nuevas ideas; ayudar a reformular las propuestas en

⁵¹ Lo fundamental es que el adolescente infractor tome conciencia y encare las consecuencias de sus actos. “Comparado con el sistema penal formal tradicional caracterizado por el enfoque retributivo -en el que lo importante es el castigo como medio disuasivo para evitar la delincuencia juvenil- el SRPA consagrado en el CIA, de una parte, está guiado por el *principio de subsidiaridad* en virtud del cual se consagran mecanismos alternativos al ejercicio de la acción penal para solucionar los múltiples problemas que emanan de la comisión del delito y, de otra, adopta el modelo o enfoque de *Justicia Restaurativa* en el que se reorienta la intervención penal fundamentalmente a la *toma de conciencia* del adolescente sobre las consecuencias de sus actos y la necesidad de que las afronte; cobra capital importancia la reparación a la víctima y su recuperación o sanación de las heridas que produce el delito; es de suma trascendencia volver las cosas al estado anterior; lograr la reconciliación entre adolescente y víctima, lo mismo que la reintegración tanto de aquél como de ésta al seno de la sociedad para que se puedan seguir desarrollando en condiciones básicas de convivencia”. (Chaparro, 2009, p. 86)

términos más aceptables; moderar las exigencias que no son realistas; comprobar la receptividad a nuevas propuestas; ayudar a formular acuerdos que resuelvan los problemas actuales, salvaguardar las relaciones y prever necesidades futuras.

Como se dijo en líneas anteriores, históricamente en el ordenamiento jurídico colombiano, la mediación no había sido considerada como instituto procesal para la solución alternativa de controversias judiciales; hasta la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, con la que surge a la vida jurídica nacional como mecanismo de justicia restaurativa.

A través de la ley 906 de 2004 se implementó progresivamente en el país el Sistema Penal Acusatorio para adultos y se crea la mediación como un instituto de la justicia restaurativa, aplicable a los procesos penales en contra de adolescentes, por remisión normativa de la ley 1098 de 2006 en su sistema de responsabilidad penal.

El fin de la mediación es involucrar tanto al infractor como a la víctima a fin de lograr la rehabilitación del primero y la reparación de la segunda, de manera conjunta e integral para que la solución del conflicto sea efectiva y genere la satisfacción de las necesidades e intereses de las partes.

Se debe buscar la mediación dentro de los distintos procesos penales porque con ello se puede superar el conflicto suscitado entre la víctima y el victimario, tanto como reparar el daño causado por el delito y, restablecer el tejido social afectado por éste.

Dentro de la novísima política criminal del Estado colombiano, se otorga un papel preponderante a la víctima mediante su participación activa en el proceso penal.

Además de ser procedente la mediación conforme al artículo 524 del Código de Procedimiento Penal, desde la formulación de la imputación hasta antes del juicio oral. La finalidad de ello es proporcionar el espacio necesario para que sean las mismas

partes quienes decidan sobre la situación y dejen de lado la sensación de venganza y de castigo para el infractor.

La mediación de conflictos en el área penal para adolescentes, encuentra sólidos fundamentos en el sistema normativo nacional que a su vez integra normas internacionales, e inspiran su aplicación procesal en Colombia, de donde se destacan disposiciones como:

- Acto Legislativo N° 3 de 2002, que reformó de manera estructural los artículos 116 y 250 de la Carta Política y que sirvió de transición al nuevo Sistema Penal Acusatorio.
- Constitución Nacional: Artículos 1, 2, 22, 116 y 228.
- Código Penal: Artículos 82, 94, 225, 269 y 401.
- Ley 906 de 2004, que expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, con esta ley se abre camino para el establecimiento real de un modelo de justicia restaurativa en materia penal, dentro de los cuales encontramos como uno de sus mecanismos la mediación. Artículos 11, 22, 25, 27, 66, 70, 114, 132, 331 y libro VI capítulo I y III.
- Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), Art. 140, 144 y 151; inciso 1º, 170 y 174.
- Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de Unión Europea, DOC L 82 de 22.3.2001
- La Convención de Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por

Colombia mediante la ley 12 de 1991, publicada el 28 de enero de ese mismo año.

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.
- Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.
- Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.
- Las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Viena, 1997) que retoman las anteriores pero hacen énfasis en la justicia restaurativa y en la mediación como instrumento de justicia restaurativa.
- Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, a saber:
 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.
 8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.
 9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.
- Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Anexo del informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998, que establece:
 - I. Derecho a saber: Principio 3. El derecho de las víctimas a saber

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

II. Derecho a la justicia: Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia.

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

III. Derecho a obtener reparación: Principio 39. Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación

El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de alcance general, como medidas de satisfacción y garantías sobre la no repetición”.

- Anexo al informe final del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000.
- La Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Sociedad de Naciones del 26 de noviembre de 1924.
- La Declaración Universal de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la ONU y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²; más la Convención Americana de Derechos Humanos⁵³ y la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴.
- Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal⁵⁵; la Resolución del Consejo de Europa sobre Delincuencia Juvenil y Transformación Social⁵⁶; los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Rehabilitadora en Materia Penal⁵⁷ y la Observación General del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos del niño en la justicia para menores que esboza los elementos básicos de una justicia para menores.
- La Convención de Derechos del Niño (CDN) establece los lineamientos mínimos que en materia de garantías reconoce a los niños y niñas el derecho internacional de los Derechos Humanos; principios cuya fuerza vinculante era indiscutible inclusive bajo la vigencia del código del menor derogado por la ley 1098 de 2006, razón por la que la Corte Constitucional los acogió desde 1993⁵⁸. La Convención de Derechos del Niño constituye un imperativo normativo de la comunidad internacional del que Colombia no se puede sustraer

⁵² Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en New York el 16 de diciembre de 1966 y aprobado por Colombia con la L.74/68.

⁵³ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre 1969 y aprobada en Colombia con la L.16 de 1992.

⁵⁴ Adoptada en París por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del diciembre 10 de 1948.

⁵⁵ Resolución 1997/30 del 21 de julio de 1997 del Consejo Económico y Social de la ONU.

⁵⁶ Resolución 78 (62), de 29 de septiembre de 1978.

⁵⁷ Resolución 2002/12 del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social de la ONU, anexo.

⁵⁸ Sentencias: C-019/93 con ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón; C-817/99 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-839/01 con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-578/02 y C-203/05 con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

pues con la ley 12 de 1991 la ratificó y se comprometió a observarla y a integrarla al derecho interno.

2.2 Perspectiva de la mediación penal para adolescentes en Colombia

El legislador colombiano frente al procedimiento penal para adultos; adoptado por ley 906 de 2004, se mostró ambicioso en la regulación de los mecanismos de justicia restaurativa, con la pretensión de armonizar la ley con las distintas disposiciones de índole internacional sobre la materia. No obstante, fue insuficiente frente a la estipulación que sobre los mismos se hiciera en el sistema penal para adolescentes con la vigencia de la ley 1098 de 2006.

Se resalta, la falta de previsión legislativa frente al proceso mismo de la mediación penal en el sistema de responsabilidad para menores infractores, en desconocimiento de la disposición contenida en el artículo 10 de la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea⁵⁹ que establece que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medidas. El artículo 174⁶⁰, dispone que las autoridades judiciales facilitarán en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, no resultando de suyo suficientes para los fines del sistema, en punto del carácter pedagógico conforme a la protección integral y

⁵⁹ El Texto de la decisión marco que se hace referencia, puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF>

⁶⁰ “Y no podía ser de otra manera puesto que cuando se trata de “conciliar”, sólo el presunto responsable y la víctima pueden llegar a acuerdos acerca de los perjuicios, su monto y la clase de reparación, mecanismos que de ninguna manera podrían ser impuestos por la autoridad judicial. Si bien, ésta tiene facultad para propiciar la búsqueda de fórmulas de arreglo, los términos de los acuerdos sólo pueden concretarse “con el consentimiento de ambas partes” (Art. 174).” Sentencia C 033 de 2008 Corte Constitucional.

visión formativa como lo predica la misma disposición, con el propósito de que el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan.

Ahora bien, no puede desconocerse que la técnica de la mediación dista del estilo del conciliador. Ambas, son figuras concebidas como distintas, incluso por el legislador colombiano, con fines también distintos, dado que, por ejemplo, el criterio del éxito en la mediación, no necesariamente es el acuerdo, sino la recomposición de las relaciones humanas, así como la práctica de nuevas formas para abordar el conflicto, en las que se incluyen los diálogos transformadores, entre otras herramientas y técnicas que amplían los recursos que poseen las partes y el mediador, como protagonistas proactivos en el manejo de conflictos y, sujetos que buscan entenderse bajo los mismos significados.

De obviarse, la mediación como mecanismo aplicable independientemente de la conciliación, se genera la sensación de vulneración de las garantías de orden constitucional, legal e internacional⁶¹, que la establecen como instituto autónomo, en cuanto a su procedencia y efectos diversos a los que tradicionalmente se han empleado como justicia alternativa.

⁶¹ Guerrero Peralta (2006, p. 29) en el módulo *Control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cita al constitucionalista argentino Gustavo Ferreira, quien define las garantías constitucionales como los procedimientos institucionalmente previstos por el propio ordenamiento constitucional para perseguir la instrumentalización de su autodefensa integral. Así mismo, Guerrero expresa que “el autor establece una clave de diferenciación entre las garantías constitucionales, dependiendo del derecho que intentan proteger. En este sentido, las garantías constitucionales se desdoblán en genéricas y particulares. Las genéricas sirven a la protección de todos los derechos y comprende la irretroactividad de la ley penal, el juez natural, el debido proceso, la prohibición de declarar contra sí mismo (*Nemo tenetur se ipsum accusare*), el derecho a recurrir las decisiones y a obtener pronta y cumplida justicia. En este sentido, las garantías específicas son instrumentos diseñados para la protección de los derechos de jerarquía superior: dignidad humana, intimidad, vida, salud y libertad física, inviolabilidad domiciliaria, secreto postal, secreto de las comunicaciones, etc.

Recuérdese que, en todos los casos, los derechos de los que goza bajo el presente sistema un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la ley 906 de 2004. Si en gracia de la discusión, se pensara limitar la viabilidad del novísimo mecanismo alterno, por estar en su más temprano desarrollo legislativo en el país, se fundamenta su implementación en los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad. Tal y como se expresa en el siguiente apartado (Floriano Escobar, 2008):

La mediación, adquiere gran importancia en aras de desarrollar los postulados de nuestra misma Constitución, donde tenemos que son fines esenciales del Estado Social de Derecho, servir a la comunidad y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según se extracta del artículo 2° de la Carta Política. Encuentra la mediación de igual manera su fundamento, en el preámbulo de la Constitución de 1991 y en el Art. 22, entre otros, que hace referencia a que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, gozando este derecho de una especial relevancia a nivel internacional⁶², desde donde tiene aplicación este mecanismo por lo que conocemos y llamamos Bloque de Constitucionalidad⁶³, en cuanto nos atañe el derecho a la paz, que ha sido a través del tiempo el anhelo de todas las sociedades: vivir en paz todos sus habitantes y para esos fines se estableció esta figura en la ley 906 de 2004.

⁶² Se evidencia que el derecho a la paz es un propósito fundamental del Derecho Internacional, al tomarse como parámetro el preámbulo y varias disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el preámbulo y la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos. Esto mismo para el contexto americano, se estipula en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmados en 1966.

⁶³ Con relación al bloque de constitucionalidad, ver Rodrigo Uprimny Yepes (2006, p. 21-59)

En relación con la anterior afirmación, es necesario recordar que en teoría de la norma como fuente del derecho, no sólo encontramos, la Constitución y la ley, sino también documentos internacionales que resultan relevantes para interpretar el alcance de la regulación del tema que nos ocupa. Estos documentos están contenidos en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, como integrantes del bloque de constitucionalidad y, adquieren un valor jurídico relevante.

Tal es el caso de las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)⁶⁴; donde se prevé como principio general que la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país, que deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que, contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

Igualmente, en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la ley 16 de 1972, se ilustra el propósito de los Estados americanos, de consolidar dentro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad y de justicia social fundado en el respeto de los derechos humanos.

En este orden de ideas, adquiere mayor relevancia la adopción de la mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, si se aborda desde esta perspectiva de la justicia social, como uno de los paradigmas característicos

⁶⁴ Resolución 40/30 del 29 de Noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. http://www.cimacnoticias.com/especiales/amndi/instrumentos_inter/7_reglasminimasnacionesunidasadministracionjusticiamenores.pdf

de dicho mecanismo de justicia restaurativa, en desarrollo de las citadas directrices internacionales.

En aplicación de este modelo, encontramos incluidos dentro del rol de víctimas, incluso a toda una comunidad o parte de ella, como son los vecinos o personas que pertenecen a instituciones u organizaciones educativas, religiosas, sociales, comerciales o gubernamentales que no se encuentran directamente involucradas en el conflicto, ni les motiva una marcada pretensión económica y, cuyas necesidades no son específicas, sino colectivas. Su participación dentro de un proceso de justicia restaurativa se remite al apoyo y a la facilitación de éste. El propósito de integrar estas partes es favorecer la cohesión social facilitando la creación de redes sociales.

Esta perspectiva sobre el manejo de la mediación, se enfoca en la creación de una sociedad, más que en su mantenimiento, fundamentada en la cooperación, el acuerdo social y la búsqueda del bienestar tanto de la persona como de todo el grupo social. Además, desde esta propuesta se consideran los intereses o puntos de vista de cada persona afectada por el delito.

Con estos argumentos, la mediación no se opone a los fines del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, pues se establece en la misma ley 1098 de 2006 artículo 140, que tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral y, la garantía de la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En este sentido, las remisiones que en forma complementaria hacen los artículos 144 y 151⁶⁵; inciso 1 de la ley 1098 de 2006 a la ley 906 de 2004, que contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal y regula un proceso con tendencia acusatoria, no desvirtúan la naturaleza específica o especial del procedimiento en punto de la justicia restaurativa (mediación) frente a menores infractores y, en cambio, amplían las garantías de las que tales menores pueden ser beneficiarios.

Los efectos de la mediación son distintos, de aquellos que se otorgan a la conciliación procedente para delitos querellables o de menor potencialidad punitiva, cuya consecuencia sería la extinción de la acción penal y, en aquel incluso procedente para delitos perseguibles de oficio de mayor potencialidad, cuyo mínimo exceda de 6 años. El acuerdo otorgaría al menor infractor, indiciado, imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción como lo prevé el estatuto procedimental penal acusatorio para adultos.

Al aplicarse la mediación penal, en el sistema de responsabilidad adoptado para los adolescentes, se amplían las garantías y beneficios antes referidos, cuando se trate de delitos de alta potencialidad punitiva como homicidio doloso, secuestro o extorsión, en

⁶⁵ Artículo 151 ley 1098 de 2006. Derecho al debido proceso y a las garantías procesales. Los adolescentes que cometan delitos tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

todas sus modalidades, donde se prevé incluso que los niños y niñas entre 14 y 18 años podrán ser privados de libertad hasta por ocho años⁶⁶.

Así mismo, en aquellos casos en los que los adolescentes han hecho parte de grupos armados y que son víctimas del delito de reclutamiento de menores, acudir a la mediación para evitar la revictimización que se causa de someterse al proceso penal, o de ser objeto del sistema de responsabilidad penal juvenil en caso de haber cometido violaciones graves a los Derechos Humanos y el DIH, que dará lugar a la imposición de sanciones privativas de la libertad hasta por ocho años, atenuar la sanción de obtenerse resultados restaurativos y pedagógicos mediante el proceso de mediación, por ser el mismo fin de la sanción.

Ahora bien, conforme al texto de la nueva ley, el incumplimiento de cualquier sanción impuesta tal como amonestación, prestación de servicios a la comunidad o libertad asistida, entre otras, generará inmediatamente la reclusión del menor infractor en un centro de internamiento (artículo 179). Sin embargo, si concebimos los propósitos de la mediación bajo la historia de la justicia social, en nada impediría la modificación de dicha medida de llegarse a un acuerdo con posterioridad al incumplimiento, claro

⁶⁶ Al respecto el inciso 1º del artículo 187 de la ley 1098 de 2006, modificado por el artículo 90 de la ley 1453 de 2011 establece: La privación de la libertad en centro de atención especializada se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión “de delitos cuya pena mínima establecida en el código penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años. En los casos en que los adolescentes mayores de catorce" (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, en este último evento, sin lugar a beneficios para redimir pena. Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto.

está, por el interés superior que le asiste, protección integral y finalidad de las sanciones.

Frente a este último aspecto, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, las establece con una finalidad protectora, educativa y restaurativa y, se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas, pudiendo el juez modificar las medidas impuestas en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales.

En gracia de una discusión interpretativa, a propósito de esta disposición normativa, al ser posible que el juez modifique las medidas impuestas; incluso podría pensarse en la procedencia de la mediación, con posterioridad a la imposición de la sanción al menor infractor, pues pese a que se enfatiza en el sistema penal para adultos, que procede en fase anterior a la sentencia; (desde la formulación de la imputación hasta antes del juicio oral,) queda abierta la posibilidad en una fase posterior a la misma, al indicarse en el artículo 524 inciso 2º de la ley 906 de 2004, que en los delitos con pena superior a cinco años, “la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción”.

En este sentido, para este tipo de delitos graves cuyos victimarios son los menores infractores, quedarían abiertas ambas posibilidades. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente como lo prevé las reglas de interpretación y aplicación del artículo 6º del Código de la Infancia y Adolescencia y, con mayor razón, si se efectúa una lectura interpretativa sistemática normativa, en cuanto a la finalidad y objeto del sistema, con los planteamientos para la aplicación de la mediación, en armonía con su derecho a la rehabilitación,

resocialización y, principios del interés superior, prevalecía de derechos y protección integral.

Para Dworquin, citado por Peña y Bonorino (2002, p. 103) esta discusión en torno al llamado problema de la discrecionalidad judicial tiene importantes consecuencias para la cuestión que nos ocupa pues:

Si las normas jurídicas dejan inevitablemente un espacio de indeterminación que los jueces deben cubrir apelando a razones extrajurídicas, cuando los jueces resuelven un caso cae en esa zona de indeterminación lo que hacen es “crear el derecho” para el caso en cuestión. Pero si la indeterminación no existe, si los materiales jurídicos permiten resolver todos los casos que se presenten y los jueces para hacerlo no poseen ningún grado de discrecionalidad (en sentido fuerte), entonces no se puede afirmar que los jueces “crean derecho”.

Así mismo, fundamenta la postura que se viene desarrollando, apreciar la prevalencia del derecho sustancial, al entenderse que las formas procesales son solamente instrumentos para lograr los fines de la justicia⁶⁷ y que el propósito es lograr la eficacia de la administración de la misma, solucionando el conflicto relacionado con el delito. Lo importante, es que el adolescente infractor tome conciencia y enfrente las consecuencias de sus actos pues “en materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico

⁶⁷ Artículo 228 de la C.P. y 10 de la Ley 906 de 2004 éste en los siguientes términos: “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.”

y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”⁶⁸.

Adicionalmente, interesa señalar *el carácter preferente e irrenunciable de los principios, normas y reglas en materia de responsabilidad penal de adolescentes*⁶⁹ y el contenido normativo del artículo 174 del Código de Infancia y Adolescencia referente a que “Los programas restaurativos se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan” lo cual legitimaría la procedencia de la mediación, con posterioridad a la imposición de la sanción, por el mismo fin perseguido en la ejecución de la sanción.

Tal y como señala Chaparro Borda (2009), el concepto de justicia restaurativa en el SRPA determina que la prioridad de la justicia no es imponer la sanción sino, fundamentalmente, la necesidad de que él o la adolescente recapacite sobre el daño causado con su comportamiento; comprenda la importancia del respeto por el sistema de valores que informa la sociedad en la que vive y encare las consecuencias de su acto realizando las acciones necesarias para lograr el resarcimiento y la recuperación efectiva de la víctima de tal manera que, si bien las cosas pueden que no vuelvan exactamente al estado anterior, no se hagan nugatorias las condiciones indispensables de coexistencia entre aquél y ésta, con el correspondiente beneficio para el cuerpo político.

⁶⁸ Artículo 140 inciso 1º del Código de infancia y Adolescencia

⁶⁹ Art. 5 CIA “Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.”

Bajo estos planteamientos no resulta suficiente la conciliación para dar plena aplicación a los principios de la justicia restaurativa, acogidos por el sistema de juzgamiento de la ley 1098 de 2006, como categoría de normas de obligatorio cumplimiento, no siendo concebible dejar a un lado la mediación, al considerarse un modelo que está revolucionando los principios generales de aplicación de justicia a nivel universal, adoptado por el mismo legislador colombiano, en el sistema penal acusatorio para adultos, ley 906 de 2004.

2.3 Mediación como instrumento no penal en materia de política criminal

La doctrina ha conceptualizado sobre la noción de política criminal de la siguiente manera (Baratta, 1998):

Política criminal es, primeramente, un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible solo negativamente, a través de instrumentos penales de lado, e instrumentos no penales del otro. Para decir que la finalidad política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta fue constantemente entendida como finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos y, en particular, a través de la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende (por lo menos potencialmente) también hacia el control de las consecuencias del crimen además de su prevención.

Para el control de las consecuencias del delito las actuales teorías prevén sobre todo, el uso de instrumentos no penales, en particular los conciliatorios, la mediación en

sus diversas formas y, los restitutivos. Solamente en el ámbito de las teorías de las funciones simbólicas de la pena, la teoría clásica y contemporánea de la retribución, teoría actual de la prevención general positiva o prevención – integración y, otras teorías, el instrumento principal para el control de las consecuencias del delito es la pena.

La Corte Constitucional ha dado un concepto amplio de *política criminal* dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección; la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como, los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada. Es éste el conjunto de respuestas, que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social, con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.⁷⁰

La mediación, fue adoptada por el legislador colombiano como instrumento para controlar la criminalidad, bajo el entendido de que el resultado restaurativo está dirigido a satisfacer las necesidades de las víctimas y de la sociedad. Como proceso, la mediación busca propiciar el entendimiento mutuo del ofendido y el victimario, a partir de la comunicación directa entre ellos.

Dentro de los principios centrales de la mediación, se establecen la verdad como derecho fundamental de la víctima, la aplicación de justicia y una efectiva reparación de los daños sufridos por ésta, a partir de los cuales se puede lograr no sólo el

⁷⁰ Cfr. Sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

arrepentimiento y el perdón del victimario, sino también la garantía de no repetición de estos actos delictivos, reduciendo el número de infracciones a la ley penal, por la conciencia misma del victimario sobre el reconocimiento del error con el que causó daño.

En la concepción de política criminal de nuestro ordenamiento jurídico colombiano, se da relevancia al papel de la víctima y sus derechos, al comprenderse su concepto y finalidad, no sólo como el control a la criminalidad, mediante la reducción al número de infracciones delictivas, sino que se expande al desarrollo de estudios victimológicos y, potencialmente también, hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención.

El artículo 250 N° 7 de la Constitución Política, que establece las funciones de la Fiscalía General de la Nación, señala que debe velarse por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal y, que la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en éste, tanto como los mecanismos de justicia restaurativa.

“La búsqueda de instrumentos no penales para el control de la criminalidad y de las situaciones socialmente negativas, constituye hoy un aspecto esencial de toda política criminal y, no solamente de aquella de inspiración crítica” (Baratta, 1998, p. 69).

Así, tenemos que se contempla con la vigencia del Sistema Penal Acusatorio, mediante la aplicación de la ley 906 de 2004, un instrumento nuevo en la legislación penal colombiana sobre justicia restaurativa como lo es la mediación, (artículo 523), donde se permite el intercambio de opiniones entre víctima e imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación puede referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; la realización o abstención de determinada conducta; la prestación de servicios a la comunidad; el ofrecimiento de disculpas o perdón, para que el resultado sea valorado para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal y, la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

Con la mediación penal en adolescentes, puede eventualmente lograrse el resultado restaurativo y ponerse fin a la persecución penal, pues es viable la extinción de la acción penal en casos como la indemnización integral al afectado, frente al decaimiento del interés del Estado en el ejercicio de esta acción, o puede darse la aplicación del principio de oportunidad en cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba hasta por tres (3) años, para verificar el cumplimiento del acuerdo.

Dentro de este lapso, debe presentarse efectivamente dicha circunstancia y el archivo de las diligencias, previo el control judicial, en casos como los delitos querellables y aquellos perseguidos de oficio cuyo mínimo de la pena de prisión sea inferior a seis años, siempre que el bien jurídico protegido no salga de la órbita de disponibilidad de la víctima.

La aplicación del principio de oportunidad, tiene fundamento en el artículo 324 del CPP, específicamente en la causal 7ª que establece la aplicación de este principio “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y, como consecuencia de éste se cumplan con las condiciones impuestas”.

Así mismo, el artículo 321 del mismo código establece que la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Recuérdese que, al tratarse de delitos de alta potencialidad punitiva, como aquellos perseguibles de oficio, donde la pena mínima privativa de la libertad excede los

cinco años, no es viable la extinción de la acción penal, aun cuando sí se adquieren beneficios procesales en la actuación, en el momento de la imposición de la pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción y, de llegarse a un resultado restaurativo, se restringe la posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada del hecho punible y, al incidente de reparación integral.

Por lo anterior, el legislador para dar plena aplicabilidad al principio de proporcionalidad, realizó un aumento general de las penas establecidas en el Código Penal (Ley 599 de 2000), previsto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, que aumentó en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, a fin de habilitar los nuevos mecanismos que surgen con la implementación del sistema penal acusatorio, donde encontramos la mediación, con las consecuencias, fundamentalmente, en lo atinente a su procedencia y efectos, de lograrse el acuerdo correspondiente, como se resaltó en los párrafos precedentes.

Lo anteriormente expuesto, se evidencia en la ponencia para primer debate en el Senado del República del proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la ley 599 de 2000 cuando se indica que:

El primer grupo de normas (aquellas relativas a la dosificación de la pena se aclara), está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal (ley 906 de 2004, se precisa) que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos y, a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del procedimiento penal.

En este campo, el legislador cuenta con un amplio margen de regulación en virtud de su libre potestad de configuración, libertad que se ejerce, sin embargo, hasta el

límite esencial de los derechos fundamentales. Por ello, la Corte ha dicho que la ley puede:

Describir los comportamientos que considera nocivos para la vida en sociedad y precisar las sanciones que se impondrán a quienes incurran en dichas conductas, pero también puede establecer, otras consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia del delito, como lo es el establecimiento de la responsabilidad civil derivada de un hecho punible⁷¹.

Esto permite entender, que la mediación aunque se base en principios de justicia restaurativa, cumple una función como instrumento de política criminal, puesto que contribuye a una mayor diversificación de la respuesta penal y, al establecimiento de alternativas al resto de las medidas de carácter retributivo, en especial a las sanciones privativas de libertad. En estos casos, la mediación se realiza dentro del proceso penal y, a pesar de basarse en un acuerdo entre autor y víctima, depende en todo momento de la adecuación de este acuerdo con los criterios de proporcionalidad (delitos - sanciones) en que se inspira el derecho penal.

Si se habla en estos casos de un posible efecto educativo, este es mayor; en cuanto la sanción se aparte de la simple reparación material y, suponga un reconocimiento de responsabilidad por parte del autor del delito y, se respete la forma de este reconocimiento.

2.4 Apertura normativa para la aplicación de la mediación penal en adolescentes

⁷¹ Sentencia C-916 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

En Colombia, la mediación de conflictos en materia penal⁷², no había sido implementada procesalmente para solucionar de manera alternativa las controversias jurisdiccionales de esta naturaleza. Es solo, hasta el año 2004 con la ley 906 para adultos, que se da un primer paso para la integración de la mediación como proceso restaurativo autónomo.

La ejecución de las políticas y principios básicos del nuevo modelo de justicia se contemplan en el contenido normativo de procedimiento penal, en su artículo 521, señalando que, la mediación propicia la participación del victimario en la solución de su caso y, de la víctima en búsqueda de la reparación del daño causado por el delito.

La mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, expresamente, no ha sido estatuida por el legislador en el Código de Infancia y Adolescencia, como mecanismo de justicia restaurativa. Puesto que, solo se refiere a la conciliación y a la reparación de los daños, en el artículo 174 de la ley 1098 de 2006.

Sin embargo, esto no excluye la implementación de la mediación, en razón de la remisión normativa que se hace al Procedimiento Acusatorio en la ley 906 de 2004, donde sí está contemplada, taxativamente, como un mecanismo dentro de procesos restaurativos que permite lograr acuerdos en relación con la reparación, la restitución, el

⁷² El art. 523 de la L.906/04 la establece como: “Un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.”

servicio a la comunidad, la atención de las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y la reintegración de la víctima y del victimario.⁷³

Lo anterior, no resulta excluyente con el mismo carácter especializado y diferencial del tratamiento para los adolescentes, por el contrario, complementan sus fines y propósitos mutuamente.

Si bien se reconoce la viabilidad de su aplicación, también es cierto, que permitido le resulta al intérprete, para el momento de la aplicación, ajustar el procedimiento establecido para adultos victimarios, a los principios rectores para adolescentes infractores de la ley penal, dando prevalencia al interés superior del menor, de manera que, se haga más flexible su aplicación y se cumplan con los demás fines perseguidos por el propio Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en observancia de los mandatos de orden constitucional e internacional de imperativo cumplimiento para este tipo de procesos.

2.4.1 Flexibilidad procesal para la mediación en adolescentes

Según lo dispuesto por el procedimiento de la ley 906 de 2004, la mediación procede una vez formulada la imputación y hasta antes del juicio oral. En el caso de adolescentes, puede afirmarse que procede una vez formulada la imputación, incluso hasta después de ejecutoriada la sanción por el juez de conocimiento.

⁷³ En particular el resultado restaurativo buscado a través de la mediación, puede referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; a la realización o abstención de determinada conducta; a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón, conforme se desprende del inciso segundo del artículo 523 de la ley 906 de 2004.

El criterio manejado en el módulo de formación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, es la procedencia de la mediación hasta antes de ejecutoriada la segunda instancia, fundamentado en que (Chaparro, 2009, p. 224):

La regla es la facilitación de los acuerdos durante el desarrollo de todo el proceso y mientras éste no termine con sentencia en firme, habrá la posibilidad de presentarle al juez el informe del resultado restaurativo que debe ser considerado para efectos del ejercicio de la acción penal, atendiendo a que conforme al principio de subsidiaridad del ejercicio de la acción penal, lo fundamental es la justicia restaurativa, ante lo cual se impone la aplicación preferente del principio de oportunidad.

Así mismo, se dispone en dicho módulo que: “De posibilidad abierta para la restauración. Mientras no se haya adoptado una decisión judicial definitiva frente al caso, cualquier momento es oportuno para hallar una solución por vía alternativa que logre la restauración.” (Ibíd., p. 114)

Esta posición, acude a los mismos fundamentos por los que se considera procedente la conciliación procesal hasta antes de ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, esto es porque (Chaparro, 2009, p. 211):

(i) Impera la regla especial -principio- de la obligación del juez de facilitar en todo momento el logro de acuerdos restaurativos (art. 174 CIA), que prevalece sobre la norma general (art. 76 L.906/04) la cual restringe el desistimiento de la querrela al momento de la audiencia preparatoria; (ii) la prevalencia -sobre la necesidad social de asegurar la persecución penal- del principio del interés superior del adolescente que se concreta en el derecho a evitar la decisión judicial que lo

sanciona⁷⁴ y el derecho a que se facilite su reintegración social; (iii) la finalidad del sistema es la justicia restaurativa y ésta relega a un segundo plano la intervención penal y la sanción; (iv) el momento límite para que las partes solucionen en forma directa el conflicto que emana del delito queda superado cuando la justicia penal formal se pronuncia en forma definitiva; (v) conforme al principio de subsidiaridad, el ejercicio de la acción penal no debe ser la regla para afrontar los problemas del delito cometido por los adolescentes y, (vi) la reconciliación, la restauración y la reintegración social de la víctima a la comunidad es también objetivo de la Justicia Restaurativa y se logra más con la solución alternativa que con la decisión penal formal, motivo por el que si el querellante legítimo hace la manifestación expresa de desistimiento porque se considera reparada, esto impide proseguir el ejercicio de la acción penal.

Otro de los aspectos diferenciales de la mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y en el Sistema Penal Acusatorio, es en cuanto a la iniciativa para acudir a dicho mecanismo. El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 525, señala que la mediación solamente procede cuando es solicitada de manera expresa por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal competente, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento según sea el caso, para que se designe un mediador por parte de la Fiscalía. Sin embargo, se considera que cuando se trata de un victimario adolescente, podrá solicitarse la mediación a iniciativa del fiscal, juez, adolescente, padres del adolescente, víctima y quien tenga interés jurídico.

⁷⁴ Dz. 5 de Riad.

Debe precisarse, que dentro del sistema penal acusatorio, cuando se admita procedente el principio de oportunidad, surge como consecuencia de dicha atribución constitucional que el juez no pueda, por su iniciativa y, sin el aval del fiscal, aplicar este principio. El único caso en el que se permite al juez ejercer dicha atribución, es el contemplado en el art. 329 del código, por decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito ya que allí necesariamente la respuesta del Estado debe respetar el principio de igualdad (Bazzani 2006 p 31).

No obstante, el juez de control de garantías o el juez de conocimiento, según sea el caso, sí tiene un margen de disponibilidad superior, en este procedimiento especial y diferenciado de adolescentes; también está habilitado para solicitar la mediación⁷⁵, al estar comprendido como autoridad judicial, en los términos del artículo 174 del CIA que dispone que “las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños.”

En principio, podría pensarse que solamente procede en aquellos perseguibles de oficio, según se desprende de la simple lectura del artículo 524 del Código de Procedimiento Penal, pero sería inadmisibles aceptar que una vez fracasada la conciliación preprocesal en los delitos querellables, las partes, tanto víctima como victimario, quedarán sin la posibilidad de otro mecanismo de justicia restaurativa.

Por ello, es posible la mediación, cuando se trate de delitos que requieren querrela, es decir, se puede predicar de toda clase de delitos y a esto hace referencia el artículo 522, del código ya citado, cuando tratándose de conciliación preprocesal, se

⁷⁵ Se trata de encontrar la compatibilidad entre la oportunidad y la igualdad. Hemos visto que la oportunidad implica, por definición, discrecionalidad. Pero dicha discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad pues no se ajustaría a los postulados fundantes de nuestro modelo de Estado, conforme nuestra carta política. (Bazzani 2006 p 31).

establece que si se realizare en el centro de conciliación o conciliador reconocido como tal, éste deberá enviar la copia del acta que así lo conste al fiscal, donde se indica que en el evento de no ser exitosa, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, “sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación”.

Ahora bien, ¿es viable tomar como referente para otorgar los efectos jurídicos de un resultado restaurativo a propósito de la mediación penal en adolescentes que el mínimo de la pena de prisión en delitos perseguibles de oficio, exceda o no de 6 años, o tal distinción no es procedente frente a la procedencia tratándose de adultos donde se establece en 5 años?

Surge una particularidad en la aplicación de la mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en conductas punibles perseguibles de oficio, que frente a la viabilidad de su aplicación en adultos infractores, para otorgar efectos jurídicos, se hace una diferenciación, entre aquellos que tengan señaladas penas de prisión cuyo mínimo no exceda de cinco años, o para aquellos delitos donde la pena de prisión, exceda los cinco años.

La propuesta de que para adolescentes deben tomarse como referente los 6 años, se hace en el *Módulo de justicia restaurativa*, de la EJRLB, tomando como soporte la normatividad nacional para adultos; donde se resalta la menor gravedad del delito como condición objetiva de procedencia de los programas de justicia restaurativa; permitiéndose para los menos graves, la conciliación y la mediación, las cuales son para aquellos perseguibles de oficio, siempre y cuando el bien jurídico protegido no

sobrepase la órbita personal del perjudicado,⁷⁶ si lo que se pretende es obtener un archivo de las diligencias, de obtenerse un resultado restaurativo.

Sostiene el criterio asumido por la EJRLB, que por el hecho de que la privación de la libertad en adolescentes solo es procedente cuando la pena mínima de prisión del delito, en términos para adultos, sea o exceda de seis años, es que para efectos de mediación penal en adolescentes, se tiene como referente los seis años del mínimo de la pena, para que sea viable o no la consecuencia del archivo del proceso penal ante el resultado restaurativo eventualmente obtenido, entendiendo que, la menor drasticidad de la sanción tiene consonancia con la menor gravedad del delito frente a los adolescentes y para efectos del tratamiento penal de éstos. Tal criterio torna legalmente procedente la solución alternativa por vía de la mediación.⁷⁷

En este mismo sentido, se alude a tal posición, arguyendo que en todos los asuntos de adolescentes, no es social, política y criminológicamente plausible solucionar

⁷⁶ Art. 524 L.906/04.

⁷⁷ “La legislación colombiana, tratándose del sistema de adultos, por razones de política criminal, establece como límite objetivo o condición de procedencia para la utilización de programas de JR como mecanismo alternativo -conciliación y mediación-, la menor gravedad del delito; por ende, sólo admite la utilización de los mismos en relación con: a.- aquellos que requieren querella como condición positiva de procedibilidad y establecen la no conciliación como requisito negativo del ejercicio de la acción penal y, b.- los perseguibles de oficio bajo dos condiciones: (i) que el parámetro mínimo de pena previsto en el correspondiente tipo penal -la pena en abstracto- no exceda de 5 años de prisión y, (ii) que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. Esta regulación cambia en el SRPA en cuanto el parámetro mínimo de la pena es de 6 años atendiendo a que sobre la norma ordinaria (art. 524 L.906/04) prevalece la norma especial del CIA cuyo art. 187 determina que la sanción de privación de libertad sólo procede cuando la pena mínima prevista en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión, razón por la que, si la pena está por debajo de ese límite, el tratamiento sancionatorio no puede ser la privación de libertad sino que está limitado al resto de las sanciones especiales y diversificadas aplicables a los adolescentes; por ende, se entiende que la menor drasticidad de la sanción tiene consonancia con la menor gravedad del delito -frente a los adolescentes y para efectos del tratamiento penal de éstos- y tal criterio torna legalmente procedente la solución alternativa por vía de la mediación; interpretación que se aviene con el art. 40.3.b de la CDN que impone la adopción de medidas para tratar a los adolescentes que cometen delitos “sin recurrir a procedimientos judiciales” y con la Regla 11 de Beijing que determina resolver el conflicto que plantea el adolescente infractor sin recurrir a las autoridades judiciales, a más de que la misma normatividad determina tener en cuenta la importancia “...de promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad”, lo cual se facilita por vía de la JR más que por vía de la justicia penal formal.” (Chaparro, 2009, p. 132)

los casos penales de manera alternativa a la acción penal ejercida por la Fiscalía, razón por la que distinguió el legislador los delitos en: poco graves, graves y gravísimos, de donde se tiene para los menos graves y los graves, los mecanismos de justicia restaurativa que están llamados a suplir la acción penal, siempre que la órbita de disponibilidad del bien jurídico protegido no se salga de la víctima.

No sucede el mismo efecto jurídico en el caso específico de la mediación, cuando se exceda de los seis años el mínimo de la pena, evento donde no se sustituye la acción penal, de obtenerse resultado restaurativo, al considerarse más grave que la víctima no tenga la disponibilidad del bien jurídico y, mucho menos en los considerados como delitos gravísimos como el homicidio doloso, secuestro o extorsión en todas sus modalidades.⁷⁸

2.5 Proceso de mediación una regulación restringida al órgano de investigación penal

⁷⁸ Para determinar la posibilidad jurídica de recurrir a la solución alternativa del conflicto que deriva del delito, el CIA parte del hecho de que no en todos los casos es social, política y criminológicamente admisible la solución a la problemática de la delincuencia de adolescentes por vía alternativa al ejercicio de la acción penal, motivo por el que, implícitamente, distingue los delitos según la gravedad -pocos graves, graves y gravísimos- a partir de la cual es factibles esquematizar la justicia penal de adolescentes en tres frentes: (i) la vía alternativa a través de los mecanismos de JR de la conciliación y la mediación que sustituyen el ejercicio de la acción penal en relación tanto con delitos menos graves y graves, es decir, todos los que demandan petición de parte como condición de procedibilidad y los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena previsto en el Código Penal no exceda de 6 años de prisión -aquí prevalece la norma especial del CIA (art. 187) sobre la general (art. 524 L.906/04) atendiendo a que aquella fija el límite para aplicar al adolescente infractor medidas diversas a la privación de libertad- bajo la condición de que el bien jurídico tutelado no sobrepase la órbita personal del perjudicado; (ii) la vía alternativa específica de la mediación que no sustituye el ejercicio de la acción penal pero el resultado restaurativo de ésta incide para determinar valorativamente el ejercicio de la acción penal -aplicar eventualmente el principio de oportunidad- o determinar la responsabilidad penal por parte del juez frente a delitos perseguibles de oficio cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión y, (iii) la vía judicial formal en relación con los delitos gravísimos que no admiten la solución por vía alternativa aunque puede acudir a la mediación para lograr la JR y el resultado incide al momento de establecer la responsabilidad penal.” (Chaparro, 2009, p.169)

En este punto de la discusión, es preciso resaltar los siguientes aspectos, a propósito del *Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio*, que para efectos de mediación expide la Fiscalía General de la Nación (2006).

En vista de la implementación de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa dentro del ordenamiento jurídico colombiano en materia penal y, ante la importancia que adquiere por la misma finalidad perseguida, conforme ya se ha hecho referencia en reflexiones anteriores, quiso el legislador establecer la creación de un manual, el cual sería expedido por el Fiscal General de la Nación con el objeto de establecer los criterios y condiciones al interior de la misma Fiscalía en aras de fomentar e implementar su adecuada aplicación dentro del sistema.

A esto hace referencia el artículo 527, cuando establece que se deben fijar por parte de la Fiscalía General de la Nación, las directrices de funcionamiento de la mediación y, particularmente, en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán su funcionamiento, debiéndose entender por lo tanto, que la finalidad de dicho manual no es la de regular la mediación por la reserva legal sobre esta materia, sino desarrollar algunos principios de la administración de justicia tales como el de celeridad, eficiencia y acceso a la justicia garantizada a todos los asociados.⁷⁹

Respecto a este asunto de la elaboración del manual por parte del Fiscal General de la Nación, se han generado criterios diversos, sobre la base de que el Fiscal no puede

⁷⁹ También se hace mención a la expedición del manual por parte del Fiscal General de la Nación en materia de mediación en el artículo 523 en su inciso 1° donde define que: “La mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme el manual que se expida en la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.”

fijar estas directrices, dado que constitucionalmente no le es asignada la facultad de reglamentar o expedir normas legales que, presuntamente, interfieran con la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales (jueces y fiscales en sus funciones de investigación y acusación), correspondiéndole solamente dicha labor tanto al legislador, como al Presidente de la República, dentro de su potestad reglamentaria.

Es por ello, que este aspecto debe entenderse como una reglamentación interna y general por parte del Fiscal General, pero tendiente al cumplimiento de sus mismos deberes como tal, en cuanto a la protección de las víctimas y promoción de sus derechos en el proceso, es decir, velar por la aplicación de este mecanismo en criterios de igualdad al interior de la misma Fiscalía. De igual manera, incentivar valores establecidos en la Constitución teniendo como sustento, los principios de competencia preferente y de unidad de gestión y jerarquía (Art. 251.3 CP), que facultan a ese funcionario para determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en las investigaciones y procesos, elemento por el cual resulta razonable para establecer el procedimiento a seguir, al interior de esa entidad.

La Corte advirtió que esas facultades son compatibles con el texto superior al indicar, en la Sentencia C-775-01, que “En ejercicio de la autonomía administrativa y en razón de sus funciones podrá el Fiscal General de la Nación, entonces, expedir reglamentos relacionados con la organización y eficaz desempeño de las funciones del organismo bajo su dirección”.

Así mismo, conviene citar lo afirmado por Ardila y Sabogal (2009, p. 32) quienes afirman que en la figura de la mediación penal, no existe mayor desarrollo legal ni jurisprudencial, pues solamente la Corte Constitucional en la Sentencia C- 979 de 2005, al revisar el artículo 527 del CPP, acerca de las facultades dadas por ley al Fiscal

General de la Nación⁸⁰, para desarrollar el manual referente a esta figura, realizó un análisis pormenorizado de este mecanismo, considerándolo como buen solucionador de conflictos.

2.5.1 Obligatoriedad de la oportunidad, como principio en aras de la mediación preferente

“Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.”⁸¹

Si las partes logran un acuerdo, como consecuencia de la mediación y, se entiende reparada integralmente a la víctima, como consecuencia de ello, el fiscal deberá dar aplicación al principio de oportunidad, de conformidad con la causal expresada en el numeral 1 del artículo 324 del CPP, siempre que se trate de pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años de prisión, al considerarse objetivamente que la sanción no es socialmente necesaria.

No es necesaria la intervención del Estado, por cuanto ya se ha solucionado el conflicto mediante la aplicación de mecanismos alternativos para ello, por lo cual ya no se exige la verificación del decaimiento del interés del Estado.

⁸⁰ Función que deberá cumplirse según el artículo 8 de la ley 1285 de enero 22 de 2009, modificatoria de la ley 270 de 1996 o ley estatutaria de la administración de justicia.

⁸¹ Causal 1ª, Art. 324 CPP, reformada ley 1312 de 2009.

Sería imperativa la aplicación de la oportunidad, en este caso, para el fiscal y para el juez, pues la ley 1098 de 2006 de infancia y adolescencia, la establece como principio rector preferente (regla, no excepción) y existe imposibilidad de contradicción con otros principios como legalidad, proporcionalidad e igualdad, extendiéndose incluso dicha obligación, hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia cuya negativa impone la obligación de ser justificada.

Si se parte de la manifestación del victimario de someter su caso a la mediación, a fin de obtener un acuerdo restaurativo donde se comprenda la reparación integral o una solución alternativa adecuada a los intereses de la víctima, en aras de la aplicación del principio de oportunidad por causal distinta a la 7ª⁸²; debe aceptarse la procedencia tanto de la mediación como del principio de oportunidad, que vaya por lo menos hasta la ejecutoria de la segunda instancia, tratándose de adolescentes⁸³.

De lo contrario, de aplicarse en los términos del artículo 323 del CPP hasta la audiencia de juzgamiento⁸⁴, surgirían inconvenientes para la aplicación del procedimiento de mediación, habida cuenta que la directriz establecida en el manual de

⁸² Se hace referencia a la eventual aplicación del principio de oportunidad por las causales 13 “Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”; que en términos de Chaparro Borda “El Juicio de reproche puede ser minimizado por las acciones de arrepentimiento, toma de conciencia; de rehabilitación de la víctima y por el principio de la corresponsabilidad social.” y evidentemente que ello puede ser logrado mediante la mediación en el proceso. Así mismo se hace alusión a la causal 14 “Cuando se afecte mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse” esto último puede ser objeto de acuerdos respecto de la no repetición como derecho también de las víctimas. Y finalmente a la causal 15 “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas” bien sea material o simbólica.

⁸³ Puede considerarse también, que aun cuando se acepte la procedencia de la mediación y consecuente principio de oportunidad hasta la ejecutoria de la segunda instancia, es probablemente posible que si no se suspende el trámite de la actuación penal no pueda finiquitarse el proceso de mediación, resultando imperativo dicha suspensión, pero no del procedimiento a prueba de que trata la causal 7ª, sino para facilitar el logro de acuerdos por esta vía y empezar a valorar sus efectos.

⁸⁴ Conforme a la modificación de la ley 1312 de 2009 en su artículo 1º.

procedimiento de la Fiscalía, dispuso que los términos no se suspenden con ocasión de la práctica del mecanismo de mediación.

Adviértase, que esta disposición está claramente en contravía con la regla 17.4 de Beijing que dispone que “La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.”

El inconveniente surge precisamente, por la restricción de suspender los términos en la investigación penal, como se aduce en dicho manual de procedimientos, durante el tiempo necesario para realizar la práctica o desarrollo del proceso de mediación, por el corto tiempo de los procesos hasta la ejecutoria de la segunda instancia. En el primer evento y lugar, por la temporalidad establecida para la aplicación de este principio de oportunidad conforme a la legislación penal, cuyo fundamento legal lo establece el artículo 323 de la ley 906 de 2004.

Sobre los supuestos señalados con anterioridad, el tiempo con el que se cuenta para la aplicación del procedimiento de la mediación se vería recortado, pues se contaría, escasamente, y, en el mejor de los casos, con tan sólo 15 días para lograr el resultado restaurativo, contados a partir de la primera sesión y, por supuesto siempre que se decidiera inmediatamente a la formulación de la imputación por parte del fiscal, la víctima y del victimario, someter el caso al plan de reparación del daño a través de la mediación y que éste se desarrollara de manera eficiente.

Lo anterior, si se considera el mecanismo de la mediación únicamente en términos expresos del Código de Procedimiento Penal, que de aplicarse la interpretación gramatical al capítulo correspondiente, es viable, a partir de la formulación de la imputación y, que para las circunstancias señaladas sobre la pretensión de la aplicación del principio de oportunidad, a propósito de la exigencia de reparación integral para

algunas causales⁸⁵, podría verse frustrada tal intención, al ponerse de presente que el término de aceptación del mediador para asumir el caso es de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación de su designación.

Así mismo, una vez aceptada tal designación por parte del mediador, es necesario dejar transcurrir el lapso de 10 días hábiles, previos a la realización de la primera sesión programada, conforme se establece en las reglas que para estos efectos se fijaron en el *Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio* sobre mediación, a fin de que cada una de las partes entregue al mediador un breve escrito en el que expone su posición frente a los asuntos que necesitan ser resueltos.

Por esta razón, se insiste sobre el corto lapso con que cuenta el mediador para fijar las distintas sesiones necesarias, con el propósito de buscar el acercamiento de las partes, para que estos a su vez reflexionen sobre los puntos que los enfrentan y logren llegar a un encuentro entre sus posiciones, para la solución del conflicto mediante esta justicia restaurativa.

La dificultad estriba, de considerarse necesario por el mediador, en pedir a las partes que complementen las informaciones y, en realizar tantas sesiones como sean necesarias para la solución de las controversias, como es posible, al estar habilitado para ello, siempre que se advierta un avance en la solución de la misma.

Al respecto, la Oficina Internacional del Trabajo en su *Manual de Mediación*, elaborado por María del Mar Serna y Jaume Admetlla (1998, p. 42), se refiere a la

⁸⁵ Bazzani Montoya (2006, p. 41) en el módulo *Principio de Oportunidad*, en relación con las causales que exigen la reparación de las víctimas (numerales 1, 7, 14 y 15), afirma que no procede la terminación del proceso, hasta tanto, no se compruebe su efectividad. Es decir, que si se asume el compromiso de reparar, habrá de invocarse la causal 7 mediante la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y, solo hasta tanto se compruebe la efectiva reparación, se podrá acudir al principio de oportunidad declarando la correspondiente extinción de la acción penal.

mediación laboral dentro su competencia, por tratarse de una filosofía común del mecanismo alternativo, para el cual es necesario, que se aplique el criterio sobre la finalización de la mediación, aun en asuntos penales de adolescentes, como sigue:

El proceso de mediación no tiene una duración limitada en el tiempo, salvo que la legislación del país y para determinados supuestos de mediación obligatoria o voluntaria disponga un período máximo para llevar a cabo la misma. Aludíamos a la importancia que el mediador no transmitiera a las partes prisas en la finalización de su labor. Sin embargo, en algún momento ésta debe finalizar y de ello han de ser conscientes las partes. Aparte de los casos en los cuales la mediación no puede continuar por la negativa de una de las partes a volver a la mesa de negociación, por lo general, la mediación finalizará cuando se haya obtenido la certeza de la imposibilidad del acuerdo o cuando éste se haya alcanzado.

Ahora bien, de someter el caso a este mecanismo de justicia restaurativa, pueden concurrir otras circunstancias durante la solicitud que harían imposible la práctica de la mediación, en razón del corto lapso y la prohibición de suspensión de los términos en casos distintos de la causal 7ª.

Estas circunstancias son: la no aceptación del caso por parte del mediador, luego de transcurridos los cinco días, siendo necesario reemplazarlo por otro de la lista de elegibles, que a su vez gozaría de los mismos cinco días para su aceptación; también es posible que la calidad del mediador sea objetada a propósito de su idoneidad e imparcialidad, la cual debe resolverse por el fiscal de conocimiento de plano, mediante providencia motivada de no aceptarse la recusación, pues en caso de hacerlo deberá observar lo establecido en el artículo 57 y 60 del CPP como es manifestarlo *a quien le*

sigue en turno; también es probable que se presente alguna de las causales de impedimento e inhabilidades en cabeza del mediador en los términos del artículo 56.⁸⁶

Por lo anterior, podría considerarse que lo atinente a la regla de no suspensión de los términos con ocasión de la práctica de mediación, establecida en el *Manual de procedimientos de Fiscalía en el sistema penal acusatorio*, dentro del capítulo de mediación, debe ser obviada o no aplicada, con la finalidad de garantizar la plena observancia de este mecanismo de justicia restaurativa, conforme a los postulados constitucionales y legales referentes a la aplicación del principio de oportunidad, que a la postre, no pueden ser modificados por las directrices internas emanadas de la Fiscalía General de la Nación, aun cuando sean consideradas de carácter general.

El fundamento de ésta posición consiste en el pronunciamiento sobre la exequibilidad de la norma citada (ART. 527 CPP) en sentencia C-979 de 2005, de la Corte Constitucional colombiana, quien sostuvo que “Esas directrices internas del Fiscal General, a través de un manual, no tienen la virtualidad de modificar las reglas y

⁸⁶ A propósito de las causales de impedimento o recusación e inhabilidades en cabeza del mediador a la luz del Manual de Procedimiento de Fiscalías para estos casos, le son aplicables en lo pertinente las del artículo 56 CPP. Complementariamente es permitido pensar en la aplicación del trámite contemplado en el artículo 57 de la misma norma y el de la recusación de que trata el artículo 60 del ordenamiento de procedimiento penal. Sobre esta particularidad la ley 1395 de 2010, trajo ciertas modificaciones como se transcribe a continuación: “Artículo 82. El artículo 57 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 57. Trámite para el impedimento. Cuando el funcionario judicial se encuentre incurso en una de las causales de impedimento deberá manifestarlo a quien le sigue en turno, o, si en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido o todos estuvieren impedidos, a otro del lugar más cercano, para que en el término improrrogable de tres (3) días se pronuncie por escrito. En caso de presentarse discusión sobre el funcionario a quien corresponda continuar el trámite de la actuación, el superior funcional de quien se declaró impedido decidirá de plano dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación. Para tal efecto, el funcionario que tenga la actuación la enviará a la autoridad que deba resolver lo pertinente.” Y el Artículo 84 de la misma ley 1395 de 2010 dispuso: El artículo 60 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 60. Requisitos y formas de recusación. Si el funcionario en quien se dé una causal de impedimento no la declare, cualquiera de las partes podrá recusarlo. Si el funcionario judicial recusado aceptare como ciertos los hechos en que la recusación se funda, se continuará el trámite previsto cuando se admite causal de impedimento. En caso de no aceptarse, se enviará a quien le corresponde resolver para que decida de plano. Si la recusación versa sobre Magistrado decidirán los restantes magistrados de la Sala. La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código, pero presentada la recusación, el funcionario resolverá inmediatamente mediante providencia motivada.”

condiciones establecidas por la Constitución y la ley procesal para la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa en general y, en particular la mediación, si no que se orientan a garantizar su plena observancia.”

Si no se pensara en la posibilidad de la inaplicación de la regla que restringe la suspensión de los términos con ocasión de la práctica de la mediación, indicaría contrario sensu, que no se suspende la actuación penal durante el desarrollo de la mediación, dando como consecuencia que una vez verificado el cumplimiento de las condiciones convenidas por las partes, de llegarse a solicitar la renuncia o extinción de la misma por el fiscal de conocimiento ya no sería procedente, hipotéticamente, de haberse vencido el término para solicitar la aplicación del principio de oportunidad.

Esto, para los casos en que no se acepte la procedencia de la mediación y por ende del principio de oportunidad, por lo menos hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia y, se insista en el apego a la norma positiva de procedimiento penal en términos de la ley 906 de 2004, donde se determina la procedencia de la mediación hasta antes de iniciado el juicio oral y, del principio de oportunidad hasta antes de la audiencia de juzgamiento.

Para superar dichas confrontaciones normativas, recuérdese el carácter especial y diferenciado de las normas que regulan los asuntos penales para adolescentes y que en casos de conflictos normativos, entre las disposiciones del Código de Infancia y Adolescencia y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los

principios de la protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.⁸⁷

En cuanto a la causal séptima⁸⁸, es viable su aplicación, de pretenderse la extinción de la acción o renuncia del Estado a la persecución penal, a través de este mecanismo de mediación, es decir, como plan de reparación exigido para la suspensión del procedimiento a prueba, es posible solicitar la mediación.

Diremos en este sentido, que el plan de reparación propuesto por el imputado, consistente en la mediación, por una parte, no conlleva por sí sólo la reparación integral, aunque pueda lograrse idóneamente a través de ésta, a fin del cumplimiento de la condición establecida en el numeral 7º de que trata el artículo 326 CPP, para que proceda la suspensión del procedimiento a prueba.

La anterior diferenciación, entre mediación y reparación integral, está dada por el mismo legislador, quien indica en el referido artículo 326, que el plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, dotando a estos elementos de contenidos distintos dentro del plan de reparación que permitirá la suspensión del procedimiento.

Por ello, se resalta que el éxito de la mediación no está dado únicamente por el acuerdo entre las partes, que ponga fin al proceso penal, sino también, por el entendimiento mutuo entre víctima e imputado, el pedimento de disculpas o perdón, el

⁸⁷ Inciso final, artículo 140 ley 1098 de 2006.

⁸⁸ Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal N° 7, “En las situaciones previstas para la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa, siempre como consecuencia del cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado”.

reconocimiento de sus propias responsabilidades o la aclaración de algunos puntos de encuentro entre los mismos.

Nótese que en el *Manual de Procedimiento*⁸⁹, se aclara que, aunque ninguna norma lo disponga expresamente, la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad por la vía de la suspensión del procedimiento a prueba, o de la interrupción, genera automáticamente una suspensión de los términos de la actuación procesal, por el lapso necesario para que las condiciones se cumplan.

Por supuesto, que estas condiciones a las que se hace referencia y el lapso necesario para se cumplan, no son propiamente lo relativo al acuerdo que surgiría entre las partes una vez culminada la mediación, sino que se hace referencia a las condiciones que previamente le fijó el fiscal y a las que se comprometió el imputado para lograr la suspensión del procedimiento, dentro de las cuales se destacan las previstas por el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.

⁸⁹ Sección 13, Pag. 168

7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.
9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.
12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

2.5.2 Prevalencia de necesidades superiores y garantía de justicia para la víctima renuente a la mediación

Al tratarse de justicia para adultos, bajo la estricta aplicación de la ley 906 de 2004, es necesario que la víctima tenga la facultad de disponer del bien jurídicamente protegido, esto es, que se encuentre dentro de su órbita personal de disponibilidad, pues si se trata de varios los perjudicados con el injusto penal, como ocurre cuando se afectan comunidades, o varias personas dentro de la sociedad, no produciría efectos al comprenderse que para acudir a esta figura, como ya se ha anotado, es necesario además el expreso consentimiento de todas las víctimas.

Pese a lo anterior, puede indicarse que no ocurre lo mismo en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, referente al expreso consentimiento libre y voluntario de la totalidad de las víctimas para acogerse a la mediación, que si por capricho o desinterés en los resultados del proceso no acuden al llamado para estos efectos, puede sopesarse y valorarse como si se tratara de un verdadero acuerdo de

mediación para otorgar algunos efectos, al considerarse que ha existido justicia restaurativa, siempre y cuando el adolescente inculcado se responsabilice, participe activamente en el proceso restaurativo; reconozca su error; asuma su responsabilidad y haga todo cuanto esté a su alcance para reparar a la víctima y rectificar el daño.

Sea lo primero indicar, en aras de resolver este problema jurídico, que si bien universalmente se propende por dar garantías de justicia a las víctimas, las cuales serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad⁹⁰, postura que tampoco es ajena a la jurisprudencia y normatividad nacional, en razón del especial reconocimiento a las víctimas para que se les brinde justicia, reparación y verdad; no obstante, ello no puede implicar el desconocimiento de los derechos de los procesados y mucho menos si son adolescentes, que como seres humanos en su condición de desarrollo biológico y mental universalmente también se les ha otorgado axiomáticamente unos principios basados en la ley natural⁹¹, como es la prevalencia de su interés superior, para que sean tratados con la consideración proporcional, a lo que se le puede exigir en su condición de formación psíquica.

⁹⁰ La Corte Penal Internacional en el Folleto 6 ha expuesto: En la actualidad está resurgiendo el interés internacional por la necesidad de garantizar que la justicia penal tome más en cuenta a las víctimas y sus derechos. Prueba de ello es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que contiene tres importantes principios, a saber: participación de las víctimas en las actuaciones judiciales, protección de las víctimas y los testigos y derecho a una reparación. No obstante, al mismo tiempo, el Estatuto hace necesario que la Corte se asegure en todo momento de que las medidas adoptadas no menoscaban los derechos del acusado ni el derecho a un juicio justo e imparcial ni son incompatibles con ellos.

⁹¹ Barragán Linares (2005, p. 97) en su obra de *Epistemología*, al referirse a la investigación científica ilustra que la mayor parte de nuestros conocimientos andan en la esfera de la espontaneidad, de lo sensible, indicando que el conocimiento de la vida ordinaria no obedece a ningún tipo de control, ni de método y que muchas veces no procura establecer conexiones o relaciones entre los distintos acontecimientos que se presentan. En este sentido, el método científico permite establecer procedimientos para comprobar que un enunciado es así. Dentro de estos encontramos la ley que “está indicando una especie de relación constante ya sea en los fenómenos de la naturaleza, en los del comportamiento en lo social. El sentido de la ley es permitir representar a nivel intelectual la norma a que obedecen los diferentes fenómenos del universo.” (Barragán, 2005, p. 107)

Por esto, es posible pensar en una mediación sin el consentimiento expreso de la totalidad de las víctimas que procure los medios de una reparación, a efectos de obtener los beneficios punitivos para el adolescente. Esto se debe, a que se está en presencia de los fines del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes SRPA, e incluso de las mismas funciones y fines de las sanciones penales que harían innecesaria su eventual imposición.

Varios argumentos permiten encontrar procedente dicha posición, con miras a la reparación de las demás víctimas y, otorgarle los medios necesarios para que se cumpla con la reparación, el cual es un beneficio de doble vía para la víctima y para el procesado o sentenciado adolescente.

Una posición diferente de la administración de justicia, se torna injusta con el inculpado, que en actitud de enmienda, procura reparar a través de la mediación y, no lo puede hacer por la imposibilidad de localizar a la víctima o por una tozuda postura de intransigencia injusta y/o de venganza de ésta. No permitir que el encartado pueda reparar integralmente a las demás víctimas mediante la mediación, los diversos daños causados con su conducta ilícita, es permitir que prevalezcan los intereses privados, sobre los intereses públicos del derecho penal.

Consentir que una víctima intransigente no preste su colaboración para intentar una mediación, es hacer un mal uso del derecho penal, que de paso hay que decir, es una herramienta que es dolor y sometimiento y, por ello, tenida como la última ratio. No pueden entonces, este tipo de herramientas, dejarse en manos de los particulares para satisfacción de sentimientos como la venganza, o de un interés ilegítimo, que son funciones muy distantes a las trazadas por la ley penal, cuyos fines son altruistas, nunca

la retaliación o la venganza. De allí, que se acepte que derecho de las víctimas sí, pero sin injusticia para el adolescente procesado o sentenciado.

Eventualmente, de aceptarse los cargos por un adolescente y de lograrse la reparación a las demás víctimas de un delito que afecte a una colectividad, no se vulneran derechos de la víctima intransigente para concurrir a la mediación, por el contrario, se le reconocen, pues es un mecanismo de reparación, sin dejar de desconocer la verdad, ante la aceptación del hecho por parte del imputado, todo lo cual confluye en justicia, que no es otra cosa que equidad para las partes.

Tamarit y Villacampa (2006, p. 339) en *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*, tratan estos aspectos de la discusión, al referirse de la siguiente manera, a los efectos penitenciarios de la disposición reparadora del penado:

Los beneficios o ventajas no pueden aparecer condicionados al éxito de la mediación o de la dinámica reparadora, pues ello supondría, considerar una variable que, por depender de al menos la interacción de dos personas, es en buena parte ajena a la voluntad del interno. Una vez más, el hecho a valorar es el esfuerzo del interno para alcanzar la reparación o el acuerdo conciliatorio y la trayectoria personal coherente con ello.

En estos casos planteados, desde la perspectiva de las normas que iluminan el SRPA, no es condición indispensable la participación o el consentimiento de la víctima o la totalidad de ellas, para lograr los fines de la justicia restaurativa, pues se busca que el menor infractor tome conciencia; afronte las consecuencias negativas de su conducta;

repare el daño causado con la misma⁹²; se posibilite el restablecimiento de las relaciones personales y sociales rotas con el delito y se abra la vía expedita a su reintegración social como una persona que cometió un error pero, que siendo consciente de ello redirecciona su futuro.

Esta posición, es compartida por el autor Chaparro Borda (2009, p. 121) cuando aduce que “la realidad indica que la víctima no siempre está interesada en intervenir activamente en el proceso restaurativo, el concepto de justicia restaurativa no puede ser absoluto; contempla la posibilidad de acciones restaurativas que no necesariamente responden al encuentro personal entre víctima y victimario.”

Sin embargo, dicha posición puede ser objeto de fuertes críticas, si se considera que no puede desconocerse la regla general de la justicia restaurativa con base a la cual los procesos de esta índole se regirán por los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal y en particular por la regla: “1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.”⁹³

2.6 Efectos jurídicos de una mediación penal en adolescentes

⁹² La jurisdicción contencioso administrativa interna ha considerado que la indemnización patrimonial es apenas una parte de la reparación integral, de modo que consideró viable la aplicación de medidas restaurativas como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y el restablecimiento simbólico que comprende presentación pública de excusas por los hechos ocurridos, medidas de promoción y divulgación de los derechos de las víctimas y publicidad a lo resuelto por la justicia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. del 28 de enero de 2009, rad. 30340 (R-20030015801).

⁹³ Ley 906 de 2004, Artículo 519 numeral 1°.

No pueden desconocerse los efectos que se producen con un resultado restaurativo, bien se trate de delitos perseguibles de oficio o no. Sobre este particular, en los delitos que requieren querrela o petición de parte, si los actores del injusto en forma expresa, libre y voluntariamente se acogen a la mediación, de llegarse a un acuerdo, se procederá, como en el caso de la conciliación preprocesal, al archivo de las diligencias o a la extinción de la acción penal.

Si se trata de mediación en delitos perseguibles de oficio, de resultar un acuerdo, los efectos son diferentes, dependiendo se trate de delitos que tengan señaladas penas de prisión cuyo mínimo no exceda de seis años, o aquellos delitos donde el mínimo de la pena de prisión, exceda los seis años.

Sobre estos efectos de la mediación, en el primero de los ámbitos señalados, esto es, cuando se trata de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de la pena de prisión sea inferior a seis años, de darse la reparación de las consecuencias del delito, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados; la realización o abstención de determinada conducta; la prestación de servicio a la comunidad o el pedimento de disculpas o perdón, lo que conocemos por resultado restaurativo; es viable la extinción de la acción penal en casos como la indemnización integral al afectado, frente al decaimiento del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, o puede darse la aplicación del principio de oportunidad, en cuanto a la suspensión del procedimiento a prueba hasta por tres años, para verificar el cumplimiento del acuerdo, lapso al cabo del cual, de darse efectivamente dicha circunstancia, se daría el archivo de las diligencias

previo el control judicial. Este caso, corresponde al juez con funciones de control de garantías y, a solicitud del fiscal.⁹⁴

Por otro lado, en el segundo de los casos, cuando se trata de aquellos delitos perseguibles de oficio donde el mínimo de la pena de prisión, exceda los seis años, los efectos de la mediación son distintos, esto atendiendo el principio de proporcionalidad, frente al cual únicamente será considerada la mediación, para otorgar al imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción.

A diferencia de lo precedentemente expuesto, si en el delito investigado de oficio su pena mínima de prisión excede de los seis años referidos, no es requisito de disponibilidad del bien jurídicamente protegido por parte del victimario, al no ser posible la extinción de la acción penal, a tono con el principio de investigación oficioso pregonado por la Carta Política que vincula a la Fiscalía, sin desconocer claro está, las excepciones regladas que el legislador ha configurado (Art. 250 de la Carta).

Tratándose de este tipo de delitos de alta potencialidad punitiva, no es viable la extinción de la acción penal. No obstante, sí se adquieren beneficios procesales como los ya indicados y, en términos generales se debe advertir que de lograrse un resultado restaurativo, mediante cualquiera de los mecanismos de justicia restaurativa ya analizados, se excluye el ejercicio del incidente de reparación integral y se restringe la

⁹⁴ La anterior consideración en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad en estos casos, tiene su fundamento en el artículo 324 del CPP, específicamente la causal 7ª que establece la aplicación de este principio “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y, como consecuencia de éste se cumplan con las condiciones impuestas”. Por otro lado referente a la suspensión del procedimiento a prueba como una de las formas a través de las cuales actúa este principio señalado, puede encontrarse en el artículo 250 de la Constitución Política. y cuyo término máximo lo establece el artículo 326 de la ley 906 de 2004.

posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada de la conducta punible.

Finalmente, podría opinarse que aun cuando el código establece de manera expresa que la mediación procede frente a delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión o interpretados a seis en adolescentes; siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, hay lugar a plantearse que, también debería proceder en estos tipos de delitos, aun cuando el bien jurídico salga de la órbita de disposición del perjudicado; circunstancia ante la cual de lograrse avance en la mediación, se le daría el mismo efecto, que el que produciría frente a la procedencia de los delitos con pena superior a este tope, pues en todo caso los resultados de la mediación serán valorados para la selección de la coerción personal, la individualización de la sanción al momento de dictarse sentencia y el ejercicio de la acción penal que en esta eventualidad no se extinguiría con la indemnización integral.

3. CAPÍTULO TERCERO: LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN COMO LÍMITE DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Se propone este capítulo, con la finalidad de posicionar la mediación, como primera vía antes de iniciar el proceso dentro del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, para que a través del diálogo entre víctima y victimario, la restauración, resocialización y la reinserción social, se deslegitime un procedimiento cuando la conducta no tenga suficiente trascendencia social como para justificar la intervención del Estado a través del derecho penal, mediante la conminación de una sanción.

Por otra parte, se analizan los fundamentos normativos para justificar la procedencia de la mediación, aun después de la sentencia ejecutoriada, es decir, en la ejecución de la sanción para que luego de un resultado restaurativo dependiendo del juicio de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, pueda estimarse cumplida la

sanción, por haberse logrado su finalidad con la sentencia o, por lo menos legitimar la modificación de la misma otorgándole los beneficios propios de dicha institución.

3.1 Favores y viabilidad de la mediación aun antes de formalizar el proceso penal al menor

La justicia restaurativa ha sido ampliamente debatida en el ámbito nacional e internacional bajo distintas denominaciones, como alternatividad penal, derechos de las víctimas a la reparación, o tradicionalmente a través de la conciliación en el proceso penal. Pero a partir de la ley 906 de 2004 surge en el ordenamiento jurídico colombiano la mediación como mecanismo de justicia restaurativa, cuyo tratamiento, procedencia y efectos resultan sustancial y procesalmente distintos a los anteriores.

Una de estas distinciones procesales consiste en la procedencia de la mediación, a partir de la formulación de la imputación conforme a los contenidos procedimentales penales para adultos. Pese a ello, ha de evaluarse factible y preferiblemente, tratándose de un Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, aun cuando no se haya iniciado formalmente el proceso penal, sino en la misma etapa de indagación preliminar.

Entre los soportes jurídicos que legitiman la idea, está la obligación del Estado colombiano de explorar la eventualidad de solucionar los conflictos penales de los adolescentes “sin recurrir a las autoridades judiciales para que los juzguen oficialmente”⁹⁵ y procurar “facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.”⁹⁶

⁹⁵ Regla 11.1 de Beijing

⁹⁶ Instrumento de las Naciones Unidas R.11.4 de Beijing

Es una obligación del Estado que “se prevean opciones sustitutorias viables del procedimiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras trasgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales.”⁹⁷.

La Directriz 5 de Riad *Principios fundamentales* petitiona para la prevención de la delincuencia de menores “estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que evitan criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”; bajo el entendido que de lograrse un resultado restaurativo, aun cuando se trate de delitos perseguibles de oficio por la viabilidad de la mediación, se pudiera afirmar que la conducta por la que se judicializaría de haberse logrado dicho acuerdo, no perjudica a los demás, ni causa graves perjuicios a su desarrollo. Recuérdese también que las obligaciones pueden ser referentes a su protección integral y, corolario del cumplimiento no sería necesario intentar un proceso penal formal ni imponer una sanción por haberse cumplido sus finalidades y funciones, como se ha expuesto en capítulos anteriores de este trabajo.

Esta misma directriz señala que “La política y las medidas de esa índole deberán incluir: f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de «extraviado», «delincuente» o «predelincuente» a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

Los fundamentos 119 y 135 de la Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de DDHH ilustran que “Tratándose de responsabilidad penal de

⁹⁷ Comentario Regla 11.4 de Beijing

adolescentes se requiere la utilización de medios alternativos y que la actuación sea gobernada por el criterio de oportunidad (...) Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización” de los problemas sociales que afectan a los niños (...) en este sentido son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de controversias” dentro de los cuales contamos con la mediación para lograr la exclusión o reducción de la judicialización pregonada en aquellos fundamentos.

Con la mediación, aun en la etapa de indagación preliminar, el principio de subsidiariedad, aceptado al ejercicio de la acción penal en contra de adolescentes, deriva más adecuado y eficaz para menores infractores, en busca de soluciones por vía no judicial formal presuponiéndose “Siempre que sea apropiado y deseable, (...) sin recurrir a procedimientos judiciales.”⁹⁸

A su vez, la regla 11.2 de Beijing nos demanda que “La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial” entendiendo que no se trata propiamente de un fallo a lo que se refiere la disposición, sino a la resolución del conflicto por vía alterna antes de la judicialización formal.

De ser viable, la mediación en esta etapa preprocesal, se daría cabal cumplimiento a la directriz 6 de Riad donde se dispone que tratándose de esta justicia para infractores adolescentes “Sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social” surgiendo la necesidad de implementar el servicio de

⁹⁸ Art. 40.3 b CDN, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Al respecto, ver también la Resolución 2002/12 del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social que “2. Alienta a los Estados Miembros a que se basen en los principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal para la elaboración y gestión de programas de justicia restaurativa.”

mediación para esta clase de delitos, en afinidad con la directriz 58 de Riad “con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal”.

Es necesaria la creación de este servicio de mediación preprocesal, para fortalecer el principio de especialidad por medio del cual “Los Estados partes tomarán todas las medidas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales”⁹⁹ donde se adopte diferentes enfoques a la resolución del conflicto de una manera más flexible y como lo señala la regla 2.3 de Beijing que:

En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes normas y disposiciones aplicables a los menores delincuentes donde se tendrá por objeto responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes y, al mismo tiempo, proteger sus derechos básicos; así como satisfacer las necesidades de la sociedad.

Esta regla, conforme a su comentario “responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico”.

El ejercicio de la acción penal frente a tipos penales cometidos por adolescentes, perseguidos de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de seis años, cuando el bien jurídico protegido no salga de la órbita personal del perjudicado, no debe ser la regla general para enfrentar el fenómeno de la delincuencia juvenil, solo en los eventos que se estime apropiado y deseable, se deben tomar medidas para tratar al adolescente infractor sin recurrir a procedimientos judiciales, es por ello necesaria, la implementación de la

⁹⁹ Art. 40.3 CDN

mediación en la etapa preprocesal o indagación preliminar para la materialización de justicia y dentro de ella la restaurativa.

Para los adolescentes que se diga han infringido la norma penal, siempre sea su voluntad, cualquier momento es oportuno para hallar una solución por vía alternativa a fin de lograr la restauración, habida cuenta de que en términos del artículo 174 del CIA “Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la reparación de los daños.”

3.1.1 En busca de justicia material la oportunidad de mediación penal para el adolescente

A pesar de establecerse expresamente en la ley 906 de 2004, la procedencia de la mediación hasta antes de iniciado el juicio oral, en aras de obtener verdadera justicia material en el sistema penal para adolescentes¹⁰⁰, podría estimarse viable la procedencia de la mediación con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia que impone la sanción, al comprenderse que esta clase de juicios, únicamente no pretenden declarar la responsabilidad penal, imponer y ejecutar una sanción a los menores infractores de la ley penal e imponer la indemnización a las víctimas y

¹⁰⁰ Sobre este principio Chaparro Borda afirma que “en la práctica, es una de las debilidades del SRPA, entre otras razones porque el modelo de justicia restaurativa que teleológicamente lo caracteriza no se aplica debido a que se le da más trascendencia a la terminación del caso profiriendo formalmente la sentencia que a la solución del conflicto entre víctima y victimario. Si bien la Corte Constitucional (Sent. C-209/07) determina el alcance de la participación y facultades de la víctima en el proceso penal y le reconoce la calidad legal de “interviniente especial” con legitimación para actuar ejerciendo el control de la acción del fiscal y del juez bajo la premisa de que, desde el punto de vista del objeto del proceso (arts. 169 y 170 CIA) están en plano de igualdad tanto la responsabilidad penal del procesado como la reparación a la víctima -uno de los valores de la JR- en la práctica, pese a que el incidente de reparación integral tiene como requisito negativo de procedibilidad la conciliación –mecanismo de JR- no se le da trascendencia a ésta y la controversia probatoria lo convierte en un trámite engorroso, dilatado y más dispendioso que el proceso mismo, el cual termina con un pronunciamiento formal que no satisface las aspiraciones de la víctima (C.S. de la J. Escuela Judicial R.L.B. Conclusiones curso-taller sobre SRPA. Bucaramanga, 9 a 13 de diciembre de 2008).

perjudicados con la conducta reprochada, cuando en realidad no se encuentran satisfechas las necesidades tanto de la víctima, como del mismo adolescente, quedando latente el reconocimiento de las culpas recíprocas y la recuperación de los efectos causados por el delito para pretender una material reinserción social del adolescente y no meramente formal, donde se reconstruyan relaciones para el futuro en sociedad.

Así, la mediación resultaría útil aun en la fase de la ejecución de la sanción a propósito de sus finalidades protectoras, educativas y restaurativas¹⁰¹ en el sistema penal para adolescentes. Igualmente, se cumpliría la función de las sanciones desde la perspectiva de la prevención general, prevención especial y reinserción social, con miras a mantener la paz social sin que implique que la víctima del delito quede a la intemperie al haberse restablecidos sus derechos.

Es necesario por lo tanto, bajo este entendido, que la mediación no se aborde como una simple formalidad imperativa o tan sólo para buscar la descongestión del sistema de justicia penal formal en adolescentes, sino para servir a la justicia material, solucionando, efectivamente, el conflicto aun cuando haya terminado el proceso con sentencia sancionatoria ejecutoriada; recuérdese el interés superior del adolescente y no la evacuación estadística de los funcionarios judiciales en la resolución de los procesos a su cargo.

Así las cosas, resulta imperativo dar prevalencia al derecho de restauración de las víctimas, que como señala Fabio Bernal Suárez (2010, p. 217) “no se puede quedar dentro del proceso penal como algo propio del mismo, el resultado que se obtenga no

¹⁰¹ Artículo 178 del CIA

puede ser considerado como la consecuencia necesaria de una pena, porque este no es el fin de ese procesamiento, la sanción.”

Con la mediación durante la ejecución de la sanción una vez ejecutoriada la sentencia, es posible cumplir con la finalidad pedagógica de esta, pues si se aborda desde la perspectiva de la historia de la transformación es una oportunidad para hacer recapacitar al adolescente sobre su conducta ya probada durante el proceso y, reprochada en la sentencia,¹⁰² cuando ya ejecutoriada no existe duda alguna sobre su responsabilidad, incentivándose a que se aparte del medio que lo llevó al delito; e ilustrándolo acerca de los valores necesarios para la armonía en sociedad y la convivencia pacífica.

Así mismo, es posible cumplir mediante este mecanismo de la mediación en la etapa de la actuación, la finalidad protectora de las sanciones, al ser viable la realización de acuerdos donde se contengan obligaciones razonables y proporcionadas con el daño causado que implícitamente se estaría restaurando mediante el eventual acuerdo idóneo, según el caso.

Este, puede consistir en algunas especificaciones de reglas de buena conducta individual, familiar y social que tengan relación con el hecho, asistencia a algún programa de atención especializada para el tratamiento del adolescente, que de común acuerdo se establezcan, previa verificación del equipo altamente capacitado e interdisciplinario de mediación¹⁰³, o prohibición de concurrir a lugares cuando se tenga

¹⁰² El artículo 174 CIA se refiere en los siguientes términos: “pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan”

¹⁰³ “La capacitación especial se impone igualmente en quienes intervienen en los programas de JR, es decir, los conciliadores, facilitadores y mediadores en relación con quienes el consenso internacional se inclina porque sean de origen comunitario -no vinculados con el aparato judicial de justicia penal formal-;

relación con la tranquilidad y seguridad de las víctimas. Todo ello, en busca de la dignificación del adolescente como ser humano que participa en la resolución de su conflicto y en las consecuencias de su acción delictiva, de manera que se preserve su autoestima.

Finalmente, respecto a la finalidad restaurativa de las sanciones penales en el procesamiento para adolescentes, queda claro que es posible su materialización mediante la mediación en la etapa de la ejecución de la sanción. Esto supone, la innecesariedad de la ejecución de la sanción, si se evidencian resultados restaurativos como la reparación integral a la víctima, la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, la realización de actividades en favor de la recuperación del perjudicado, la colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre que medie expresamente su consentimiento y sea adecuado previo concepto del profesional idóneo, valga decir en términos generales, “realización o abstención de determinada conducta” la manifestación pública o privada a la víctima de arrepentimiento por el delito cometido o disculpas o perdón¹⁰⁴, obligaciones éstas¹⁰⁵, a

que tengan conocimiento de la cultura de las comunidades locales y especiales competencias y destrezas para desempeñarse como líderes de la JR.” (Chaparro, 2009, p. 39).

¹⁰⁴ Sobre esta forma de reparación simbólica la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha proferido una sentencia dentro del radicado No 30978 el 17 de marzo de 2009 siendo MP. Yesid Ramírez Bastidas de donde se extracta que “ en materia penal la reparación simbólica se erige en un instrumento idóneo, adecuado y proporcional de restablecimiento de los derechos de las víctimas cuando ellas no pueden o renuncian a acceder a compensaciones patrimoniales, cumpliendo de esa manera la jurisdicción penal una importante labor promocional”. Así mismo precisó en esta sentencia, “La Sala resalta que Administración Pública ordinariamente no puede renunciar a la reparación económica derivada de algunos delitos, como ocurre por ejemplo cuando las acciones delictivas generan al menoscabo de su patrimonio, pero en punibles como la *concusión* es posible que se satisfagan los derechos de las víctimas con manifestaciones de arrepentimiento y contrición por parte del enjuiciado, resarcimiento simbólico que cada día cobra más fuerza y que genera un positivo y profundo impacto social que permite realizar algunas de las funciones preventivas que cumple el derecho penal.”

¹⁰⁵ Ver inciso final del artículo 523 CPP.

las que se puede concurrir fácilmente si se aborda la mediación desde la perspectiva de la historia reparativa.

Estos mecanismos de reparación simbólica, reiteradamente han sido utilizados por distintos tribunales de Corte Internacional y a favor de las víctimas, en forma complementaria, con los demás derechos a la verdad y a la justicia¹⁰⁶, atendiendo que para muchas de estas no les asiste ningún interés económico sino, mantener la memoria de lo ocurrido u obtener garantías de no repetición¹⁰⁷.

En un determinado contexto social, debe buscarse que los ciudadanos sientan como propio y razonable, dentro del derecho penal, el replanteamiento de la pena, que al considerarse la mediación en el sistema para adolescentes ha cumplido la finalidad de la sanción, no sea tomada como exótico, sino adecuado y necesario. Para ello, debe cuidarse de las exageraciones, ya por la hiperinflación de los tipos penales y penas o, por la superlativa inoperancia de amenazar mucho y actuar poco como sistema cerrado,

¹⁰⁶ Véase Corte Constitucional, sentencia C-209/07. En ésta providencia se hace un resumen de la forma como ha discurrido la jurisprudencia en materia de los derechos de las víctimas. Especial mención se hace de las sentencias C-580/02 (estableció que el derecho de las víctimas del delito de desaparición forzada de personas y la necesidad de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, permitían que el legislador estableciera la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se hubiera identificado e individualizado a los presuntos responsables); C-004/03 (garantía jurídica con que cuentan las víctimas para controvertir decisiones que sean adversas a sus derechos); C-979/05 (derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria); C-1154/05 (derecho de las víctimas a que se les comuniquen las decisiones sobre el archivo de diligencias); C-370/06 (los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación); y, C-454/06 (la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades; señala que los derechos a la verdad, la justicia y la reparación las autoriza a solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía).

¹⁰⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido modalidades de reparación que conllevan la indemnización de perjuicios (reparación económica) complementadas con la efectividad de los derechos a la verdad y la justicia. Ejemplos de ello son: Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006; Caso Escué Zapata Vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007; y, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

porque no es nada motivador de los ciudadanos sentenciar con penas altas de reclusión y por la cantidad de rebajas no cumplir ni la tercera parte, la sensación de fracaso social es inocultable (Bernal y Molina, 2010, p. 45)

De esta manera, las partes en el proceso de mediación, considerarán que verdaderamente han recibido justicia material ajustada a su caso concreto, de la forma como dimensionan el conflicto, sintiendo que se ha resuelto el mismo de la manera más justa y deseable y como consecuencia de ello, el juez podrá tomarlo como nuevo criterio para la modificación de la sanción.

3.1.2 Asimilación de las penas como sanciones en adolescentes

En el artículo 177 de la ley 1098 de 2006 se establece una serie de sanciones para quienes se les haya declarado responsabilidad penal. Sin embargo, tales sanciones o medidas, si bien no pueden ser consideradas con el mismo rigor que las penas a imponer en el sistema penal para adultos, es preciso asimilarlas por el carácter restrictivo de derechos fundamentales o por las consecuencias que generan, ya sea porque suprimen o limitan derechos de los individuos y, en consecuencia es posible realizar un análisis de las funciones y fines de aquellas respecto de éstas, tomando como baremo, la función de la pena en el sistema penal para adultos y las distintas teorías estudiadas al respecto.

Sobre esta postura, hace referencia Díaz Cortés citando a Albrecht y Alastuey (2009, p. 304) cuando afirma que reconocer el derecho penal de menores como tal, implicaría aceptar sus fines, incluido el de la pena. En su opinión dentro de los fines del derecho penal juvenil está la prevención general y la prevención especial.

Las funciones de la pena contempladas en la ley 599 de 2000 en el artículo 4º, se entienden dentro del marco de una teoría mixta, al contemplarse tanto la prevención general, como la especial y la protección al condenado, integrantes de la teoría relativa positiva, bajo el entendido de la interiorización del ordenamiento jurídico, cuando al mismo tiempo persigue la reinserción social en la ejecución de la sanción y, por el otro, como ingrediente de la teoría absoluta la retribución justa y no expiatoria, cuando se considera como un fin en sí misma y se castiga como reacción natural por el daño causado por el delito, buscando la realización de la justicia como lo indica Reyes Echandía (1990, p. 11).

La noción de la pena como castigo, no le es indiferente a Díaz Cortés al argumentar que, en principio, es lógico lo sostenido por Abel Souto (citado por Díaz, 2009, p. 318) quien señala que ningún proceso pedagógico o socializador está en condiciones de prescindir de un estímulo aversivo, pues al partir de que la pena como tal, es castigo. Cuestión distinta es entender entre sus fines, la prevención general y la especial, considerando a renglón seguido, que la educación es inmanente a la pena, hacia la sociedad y a la persona¹⁰⁸. Bajo este significado, aduce la autora, que no es posible descartar una tendencia retribucionista necesaria para no generar la sensación de impunidad en el niño, niña y adolescente durante su crecimiento.

Por otro lado, tenemos la finalidad protectora, educativa y restaurativa, establecida a las sanciones o medidas para jóvenes infractores de la ley penal, en el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, sobre la que Arias López (2009, p. 77) si bien reconoce el interés superior del Niño, Niña y Adolescente (NNA),

frente al cual se exige su educación, resocialización y rehabilitación¹⁰⁹, sostiene que “el legislador no pretende castigar en toda la extensión de la palabra”, extractándose, en el sentir de este autor, que en el sistema de adolescentes, también opera una función retribucionista tenue, por el castigo aludido, aun cuando no en toda su extensión.¹¹⁰

Continúa este autor, afirmando que hay un componente de castigo mediante la restricción de derechos, pero en la ejecución de la sanción o medida, no tiene un estricto sentido de retribución sino de protección-bienestar y reinserción social, enmarcada dentro de la prevención especial.

Ahora bien, al analizar a Arias López (Díaz, 2009, p. 310), en su siguiente afirmación, “la realidad muestra que cuando un niño, niña o adolescente incursiona en el campo penal para cometer un delito, la sociedad le exige al Estado adoptar una medida o sanción, pues los principios del orden público y los principios que orientan la administración de justicia están en juego”; se genera la impresión de que la sanción o medida penal también está llamada a cumplir una función, en términos de prevención general, enmarcada en la protección subsidiaria de prestaciones públicas y bienes jurídicos propios de los funcionalistas.¹¹¹

Sobres estos, y otros interesantes planteamientos de las teorías del delito y los determinados fines del derecho penal, a través de las escuelas y esquemas que

¹⁰⁹ La resocialización y rehabilitación se contempla como derecho y libertad del NNA en el Código de la Infancia y Adolescencia en el artículo 19, cuando se establece que tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que éste determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas.

¹¹⁰ Respecto de que la pena, sea entendida bajo el concepto que implica un castigo que se impone como consecuencia de un delito y, que estos fines de la pena son aquellos para los que sirve ésta, ver Mir Puig (citado por Arias López, 2009, p. 317)

¹¹¹ Siguiendo a Roxin (citado por Díaz, 2009, p. 310) el fin de la pena en el momento legislativo es la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, ella tendrá lugar mediante la prevención general, no se podría concebir una finalidad diferente de la prevención general en este momento, partiendo de que la conminación típica es anterior al delito, por lo cual no podría tener como base la retribución ni la prevención especial del delincuente.

tradicionalmente se han manejado, hasta llegar al funcionalismo y a los fines preventivos de la pena en el derecho penal, Francisco Bernate, reflexiona en su obra *Legitimidad Del Derecho Penal* (2007, p. 227-228), como sigue:

Algún sector de la doctrina ha encontrado en lo que se denomina funcionalismo, un verdadero cambio de paradigma, frente a lo que tradicionalmente se encontraba en la literatura jurídico-penal. Así, se señala que bajo tal rubro, se incluyen las tesis de aquellos autores que señalan que la construcción de la teoría del delito debe realizarse a partir de las funciones que al derecho penal se le signan dentro de una sociedad o de un determinado Estado. Un análisis más detallado revelará que ello no es cierto, pues desde la ideología penal de la ilustración, se entiende que el derecho penal cumple unos determinados fines y, que es a partir de allí, que deben dotarse de contenido las diferentes categorías dogmáticas, lo cual ha sido revalidado por todas las escuelas del derecho penal con claras incidencias dentro del sistema propuesto por cada corriente de pensamiento, lo cual, eventualmente se ha visto a su vez reflejado en las legislaciones.

A su vez, el derecho penal, conforme a la concepción de Jakobs (citado por Cancio Manuel, Suárez Carlos y Peñaranda Enrique, 1998, p. 16) sobre la prevención general, obtiene la legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales y, en tal sentido, al imponer la pena, en el comportamiento defectuoso con consecuencias desfavorables, se incrementan las posibilidades de que dicho comportamiento sea aprendido por la generalidad. Citando literalmente a Jakobs (citado por Cancio Manuel y cols. 1998, p. 73) “Esto es prevención general en sentido no intimidatorio, sino como ejercicio en la fidelidad hacia

el derecho.” Así mismo en opinión de este autor “La función de la pena estatal para garantizar las expectativas sociales esenciales se resume en producir prevención general a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma.”

Frente a tales posturas, se resalta que el fin de la sanción para el menor infractor, no permite adentrarse en la prevención general negativa meramente intimidatoria para autores de futuras infracciones, o aplicada como positiva para la vigencia de la norma o fidelidad hacia el derecho, teniendo como destinatarios el mero conglomerado social, pues de aceptar dicha corriente en forma radical, sería correr el riesgo de limitar la prelación de otros intereses estatales, que dan preponderancia al interés superior del niño, (Art.44 Constitución Nacional), donde los demás bienes jurídicos deben ceder.

Refiriéndose al sistema penal aplicable a los adultos, Pérez Pinzón (2001, p. 36) en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, explica las diferentes concepciones de la prevención, dentro del contexto del principio de necesidad y, como función de la sanción penal. Del texto se destaca que el autor (Ibíd.) describe el principio de necesidad como aquel que:

Tiene que ver con las teorías relativas de la pena, es decir, las que la estiman ineluctable para efectos de la prevención, en cualquiera de sus modalidades: prevención general negativa, coacción psicológica, o intimidación en abstracto; prevención general positiva, o búsqueda de tranquilidad, sosiego, seguridad o paz, para el grupo social; prevención especial positiva o dirección hacia el tratamiento penitenciario con fines de resocialización; o prevención especial negativa, equivalente casi a inocuización frente a las personas que no pueden ser readaptadas. Por esto, naturalmente, no tiene nada que ver con la fundamentación retributiva de la pena, salvo que como finalidad se diga que ésta busca castigar.

En nuestro concepto, no es posible abordar tal postura axiomáticamente, al pregonarse la resocialización y rehabilitación como derecho del menor infractor, en clave de una función educativa de la sanción, que a la postre lleva consigo la reinserción social (prevención especial). Esto, pone de manifiesto que el querer del legislador fue establecer principalmente una función de la sanción penal de carácter educativo y protector, no represivo, para que en su fase de la ejecución se haga énfasis en la resocialización del adolescente.

Frente al tema en comento, Gómez Pavajeau (2007, p. 54) sostiene que, evidentemente, el fundamento de la sanción penal encaja dentro del sistema preventivo especial, diseñado para las sanciones en el ámbito del Derecho Penal para la Adolescencia, por lo que las ideas retribucionistas estarían por fuera de este sistema, máxime, cuando se enfoca el principio de oportunidad como derrotero aplicable al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Pese a las distintas interpretaciones dadas a la norma, respecto del tema, existen otras teorías que tratan de zanjar tal discusión, las cuales llaman a reconciliar dichas posiciones. Entre ellas, se cuentan las teorías conciliadoras, donde se sostiene que las teorías absolutas, aun con sus limitaciones y las relativas por su parte, pueden complementarse, pues si se fundamenta la pena desde la culpabilidad por el hecho y principio de proporcionalidad, (retribución justa), deja la posibilidad para que puedan cumplirse de igual forma los fines educativos, resocializadores, intimidativos, es decir, la prevención general y especial. (Londoño, 1988, p. 34-56)

Finalmente, Roxin (1976, p. 20), con su teoría unificadora dialéctica argumenta que la teoría preventivo especial tiene aplicabilidad en la ejecución de la pena; la idea de retribución, cuando es impuesta y la prevención general, con la conminación

abstracta que realiza el legislador en la tipificación de la norma, postulados a partir de los cuales se abordará el mecanismo de la mediación frente a los fines de este tipo de sanciones penales.

3.2 Del acuerdo de mediación penal hacia la ilegitimidad de la sanción

Es legítima la sanción penal para adolescentes, sólo si está llamada a cumplir ciertas finalidades de índole protectora, educativa, restaurativa y benéfica como control social, a las cuales se habilita su imposición, luego de superarse aquellos juicios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, para que a su vez se cumpla con la función legítima del derecho penal, en aras del fin último como anhelo de la sociedad, vivir en paz y convivencia pacífica.

Como alternativa igualmente legítima a la sanción penal, se propone considerar racionalmente la mediación, como instrumento para alcanzar las finalidades perseguidas, a través de medidas privativas de derechos y libertades que en ocasiones para algunos autores, son consideradas como castigo y medio retributivo del ser humano.

Es decir, que para los procesos penales de infancia y adolescencia respecto a los fines de la sanción, es posible pensar en el aporte de Bernate (2007, p. 230) acerca de que la expiación del delincuente deja de ser la función de la pena, rompiéndose el paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, donde la pena encuentra como finalidad la necesidad de prevenir los delitos. Frente a la discusión, el autor proporciona elementos sólidos para fundamentar que en el estado constitucional moderno, se dio el cambio de paradigma del fin de la sanción y del proceso penal para adolescentes, como

resultado de la evolución del derecho penal, a través de las distintas concepciones de Estado en la historia.

De esta manera, como expone Bernate (2007, p. 229), el principio de proporcionalidad de las sanciones aún se encuentra vigente, en tanto que si lo que se busca es prevenir el delito, la pena debe ser ajustada a la conducta que se le endilga al procesado, en este caso menor de edad, con todas sus consideraciones en razón del derecho a la igualdad material. Este, es un aspecto que debe manejarse con mucha precisión en cualquier decisión judicial, así como lo referente a la innecesariedad de la sanción por el cumplimiento de resultados restaurativos a través de la mediación, si por el contrario, se cuenta con penas excesivamente altas, ello podría incentivar a la comisión de delitos más graves, pues si el delincuente recibe la misma sanción cuando comete uno de tales reatos, que uno menos grave, no habrá suficiente motivación para que se abstenga de cometer el más grave.

En este contexto, se considera que si concebimos la mediación como aquel espacio comunicativo donde el conflicto penal sea reconstructivo de relaciones sociales para el reconocimiento de la vigencia de la norma o fidelidad al derecho, no mediante la imposición de la sanción, o para que surta su efecto intimidante para futuros infractores y lograr la prevención general negativa, sino por el contrario para suplir tales fines permitiendo un acuerdo racional donde prevalezca la autonomía y voluntad en el proceso lingüístico de la comunicación, es posible alcanzar el fin protector, educativo y restaurativo que no haría necesaria la imposición de la medida.

Si bien es cierto, podría pensarse que la postura mencionada tiene alguna similitud con la de la Escuela Italiana, concretamente la positiva, en cuanto que el fin del derecho es la prevención del crimen; no sería a través de la retribución ni en su más

mínima expresión, razón por la cual, imperativo resultaría concluir que no sería la línea de pensamiento más indicada para su implementación en el tema de las sanciones. Esta línea de pensamiento de la escuela positiva es discutida por Bernate, (2007 p 233) de la siguiente manera “El fin del derecho penal dentro de estas concepciones, es el de prevenir el crimen. Así entonces, se reitera la función preventiva de la pena, en cambio de la retribución sostenida durante la época del estado autoritario, en tanto que. la misma no debe solamente retribuir si no que a demás es necesario que se resocialice al delincuente”.

A partir de lo anterior, se propone la mediación como límite del derecho penal, si se pone de presente, que a través del habla se llega a patrones comunes de interpretación para el reconocimiento de la norma en aras de la prevención general positiva y, en tanto que posibilita el entendimiento, no puede ser cuestionada. La interacción social constituye así, la solución del problema, de cómo pueden coordinarse los planes de acción de los diversos autores, de manera que las de unas conecten con las de los otros, para llegar al entendimiento y el reconocimiento mismo de la acción reprochable donde se haría irrazonable cualquier medida o sanción, al haberse cumplido el fin pedagógico y restaurativo. Con ello, queda relevada cualquier pretensión malintencionada de castigo, de aquellos que se identifican aunque levemente, con las teorías absolutas, bien como retribución justa o en el peor de los casos, expiatoria.

El análisis del principio de proporcionalidad de la pena, en clave de culpabilidad para la imposición de la sanción penal, debe ceder o ser sacrificado si se toma como referente el interés superior del niño, cuando a través del proceso comunicativo se elimina el reproche de la víctima o la sociedad o cuando indiscutiblemente el grado de exigibilidad es menor que el imputable y se acogen los principios fundamentales de las

recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad¹¹²).

Estas recomendaciones, establecen que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta.

Si entendemos la comunicación, como el único medio válido de interacción y entendimiento social para la armonía pacífica, quedaría relegada la conminación a la pena, perdiendo el Estado la facultad de interferir con sistemas penales para el mantenimiento de la existencia del conglomerado mediante la amenaza de una sanción. Esto, funda un nuevo modelo de cultura restaurativa y, con mayor razón y mejores resultados, si es transmitido como mensaje a los niños, niñas y adolescentes, implementando un paradigma de vida donde se elimina la amenaza o coacción de la pena y se alcanza un grado de civilización superior del ser humano digno.

Si el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, es derecho penal constitucional, al estar iluminado por las normas de rangos superiores como integrantes del bloque de constitucionalidad, es posible realizar un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos enfrentados, tomando como fundamento los supuestos fácticos constitutivos del reproche penal para el NNA; de tal manera, que enfrentados los derechos fundamentales a la libertad, derechos del niño, interés superior, protección integral y dignidad humana como principios constitucionales y, otro tipo de bien jurídico protegido por la norma, de no superarse tal juicio que justifique la limitación,

¹¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil en su Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990.

restricción o privación de alguna libertad o derecho mediante la sanción o medida, no sería posible su ejecución aun cuando su conducta resultare típica antijurídica y culpable, ante la inexistencia de necesidad de pena.

Este argumento, puede ser evidenciado de lograrse una mediación con la víctima, por la prevalencia de los derechos del menor, resultando irrazonable la ejecución, de probarse que a través de este mecanismo, se ha cumplido el fin de la sanción a propósito de la prevención general.

En este orden de ideas, es preciso recordar que dentro de los resultados restaurativos que pueden ser obtenidos a través de la mediación encontramos diversas posibilidades, incluso similares a las sanciones que pueden ser eventualmente impuestas a los adolescentes, si son encontrados responsables penalmente¹¹³. Estas, son la prestación de servicios a la comunidad, la imposición de reglas de conducta que puede estar comprendida dentro de los posibles acuerdos permitidos por la ley para la mediación, tal como la realización o abstención de determinada conducta, resultando la única diferencia que ya no sería una imposición, sino un reconocimiento autónomo producto de su libertad, libre desarrollo de la personalidad e incluso dignidad humana.

Con estas apreciaciones se considera, más que cumplida la finalidad de la sanción o medida y por tanto no habría lugar a ella, permitiéndose incluso no aplicar normas de contenido meramente legal para dar primacía a normas de rango constitucional de mayor entidad y en virtud del principio de proporcionalidad.

¹¹³ Recuérdese que dentro de las sanciones aplicables a los adolescentes en su sistema de responsabilidad penal encontramos: la amonestación, prestación de servicios a la comunidad, imposición de reglas de conducta, libertad asistida y, las que restringen la libertad como internamiento en medio semi-cerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada conforme al artículo 177 del CIA.

De no resultar suficientemente ilustrativa la hermenéutica aplicada, resultaría interesante echar un vistazo al imperativo normativo contenido en el artículo 13 del Código Penal Colombiano respecto de las normas rectoras y fuerzas normativas aplicables, por ser la ley penal vigente. De este código, se extracta que las normas rectoras contenidas en el Código Penal; como los principios de las sanciones penales de que trata el artículo 3º, precedentemente referidos¹¹⁴, prevalecen sobre las demás e informan su interpretación, que en consonancia con la excepción de inconstitucionalidad, no sería posible aplicar las disposiciones legales relacionadas con la sanción o medida a imponer para el menor infractor, al encontrarse demostrado que a través de la mediación, ya se han cumplido sus fines y no es necesaria ni razonable su imposición.

Sobre este aspecto, Bernal y Molina (2010, p. 30) afirman que:

No se puede continuar minimizando los dueños del conflicto, el Estado en su afán intervencionista despersonaliza los particulares, erige un enfrentamiento simbólico entre la sociedad y el procesado suponiendo que aquella está seriamente afectada e interesada en buscar una pena en lugar de preocuparse por reparar el daño y buscar soluciones entre las partes. Lo cierto, es que se ha evolucionado y se puede pensar en algo diferente a las penas, algo diferente al procesamiento inquisitorio estatal.

¹¹⁴ Sobre el principio de proporcionalidad antes mencionado véase su fundamento desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Regla 5.1 sobre los objetivos de la justicia de menores “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.”

Por lo anterior, resulta más benéfico para los fines perseguidos en el sistema penal para adolescentes y la función de la sanción, que se genere este espacio para la mediación y se propicie un resultado restaurativo, incluso afín o análogo a la sanción, si así lo deciden las partes libre y voluntariamente. Lo cual, a la postre, resulta más educativo en virtud del principio de participación o de opinión¹¹⁵, que esperar que un juez con toda su potestad sancionadora otorgada por la ley, le imponga la sanción haciendo gala de las teorías absolutas, relativas o mixtas, pretextando el fin pedagógico, protector y restaurativo¹¹⁶y, negando el paso, para que en la práctica se logre la armonía, convivencia y la paz que tanto anhela la sociedad, fundamento último de las normas tanto nacionales como internacionales de cualquier índole.

La *Discrecionalidad*¹¹⁷ de los funcionarios judiciales, como principio propio de este sistema para adolescentes, caracterizado por la flexibilidad, permite adoptar decisiones dentro de cada caso en particular, más ajustadas, privilegiando el hecho que se trata de personas en formación, permanente cambio y posibilidad de reorientación de sus conductas.

Para Dworkin (1967), citado por Peña y Bonorino (2002, p. 99-101), decir que alguien “tiene discrecionalidad” en el lenguaje ordinario, tiene sentido solo en contextos en los que alguien tiene la carga de tomar decisiones en materias reguladas, por pautas

¹¹⁵ Art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño Ratificada por la Asamblea General en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989.

¹¹⁶ El mismo fundamento puede apreciarse para considerar que ya no sea imperativa, forzosa y exclusivamente el juez quien determine los compromisos al imponer alguna de las sanciones; o incluso, cuando sustituya la privación de la libertad al estimar que parte de la sanción impuesta deba ser sustituida por “el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento.” Artículo 187 inciso 3º CIA

¹¹⁷ Entendida la discrecionalidad como “las atribuciones en las cuales la ley deja librada la evaluación de ciertos asuntos al criterio de los funcionarios competentes para aplicar una norma” Corte Constitucional. Sentencia C-095/07, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

establecidas por una determinada autoridad, que debe ser utilizada en lo que casos difíciles, es decir, en aquellos casos donde se cae dentro del área de penumbra. Esto, supone que la regla no determina por sí sola la solución y que el juez debe elegir entre distintas alternativas apelando a consideraciones extrajurídicas. La existencia inevitable de estos “casos difíciles” en la práctica de la aplicación judicial del derecho, constituye el fundamento de la llamada “tesis de la discrecionalidad judicial.”

Este principio, permite al funcionario judicial acceder en la solución individual, habida cuenta, de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, a un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y las medidas complementarias de las decisiones.¹¹⁸

3.3 Influencia de la mediación en la sanción penal para adolescentes

De estimarse viable y, si se logra el resultado restaurativo a través de la mediación, después de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia que impone una sanción al adolescente; de no considerarse suficiente el acuerdo de mediación para la suspensión de su ejecución o en el mejor de los casos su extinción y, al demostrarse con el acuerdo, las finalidades y funciones previstas en el momento de la imposición; sería necesario que se observara como criterio nuevamente “la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendida, las circunstancias y gravedad de los hechos; las

¹¹⁸ Extracto citado de la Regla 6.1 de Beijing, así mismo sobre el particular se encuentra la Regla .6.3 del mismo instrumento “Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos”

necesidades del adolescente y de la sociedad”¹¹⁹ teniendo como fundamento lo alcanzado con la mediación.

Esta modalidad de acuerdos restaurativos, haría más flexible el juicio de ponderación entre los distintos bienes jurídicos enfrentados; como son por un lado el protegido por la norma penal del delito que se trate y los bienes jurídicos que pretenden proteger al adolescente con la gama de derechos que les asiste en este sistema; juicio de ponderación que debe efectuar el juez de conocimiento para el momento de analizar la viabilidad de la modificación de la sanción impuesta, “en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales.”¹²⁰; que incluso sería de oficio al comprenderse como un deber funcional la observancia de los principios de protección integral y derecho a la rehabilitación y la resocialización¹²¹.

Como fundamento normativo internacional, se cuenta con la regla 5.1 de Beijing que dispone que “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito” y su respectivo comentario, que en lo que respecta, expresa “El segundo objetivo es el “principio de la proporcionalidad”.

Este principio, es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas y, se expresa, principalmente, mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes

¹¹⁹ Artículo 179 CIA Numeral 2°.

¹²⁰ Inciso final, artículo 178 CIA.

¹²¹ Al respecto véase el párrafo 2° del artículo 177 del CIA. “El juez que dictó la medida será el competente para controlar su ejecución.”

delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales.

Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan asuntos personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil).

Insístase, que la responsabilidad en la justicia penal de adolescentes es de corte garantista, y que tal y como corresponde a un Estado Social de Derecho, se considera amortiguada, cuando la minoría edad le impide comprender la ilicitud de la norma de la misma manera que lo haría un adulto¹²², por su proceso biológico de maduración¹²³ y por ende psicológico. Lo anterior, genera como consecuencia, menor culpabilidad o juicio de reproche y sumado a ello reafirma que “la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección”¹²⁴ con la exigente obligación de “formar al adolescente en el ejercicio responsable de sus derechos”¹²⁵.

La omisión de tal corresponsabilidad, puede ser la generadora de las conductas desajustadas del adolescente por las que se le llama a responder penalmente. En razón de ello, se mezcla una responsabilidad compartida cculpabilidad lo que justifica que la privación de la libertad sea la última para imponer.

¹²² Al respecto véase el Artículo. 40.1 CDN “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales, (...) que se tenga en cuenta la edad del niño.” Concíbese por niño también a los adolescentes, al comprenderse como niños los menores de 18 años de edad, conforme al artículo 1º de la misma convención.

¹²³ Es por ello que la edad del adolescente es un criterio para la definición de la sanción como se evidencia de la lectura del numeral 3º del artículo 179 del CIA.

¹²⁴ Principio de corresponsabilidad, art. 10 CIA.

¹²⁵ Principio de ejercicio de los derechos y responsabilidades, art. 15

En este orden de ideas, los adolescentes “que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización mediante planes y programas garantizados por el Estado” ¹²⁶ al reconocérseles como “sujetos de derecho, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”. Este último, se entiende ¹²⁷ “como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”¹²⁸

Al entenderse, que las sanciones para adolescentes tienen un contenido de aflictividad, que aumenta en la medida que se afectan en mayor grado sus derechos fundamentales, no puede desconocerse que demostrado ese grado de sensibilidad mediante la mediación, resultaría necesaria la modificación de la misma, previa valoración de sus efectos.

Este deber de los funcionarios intervinientes en la actuación, se legitima por el principio progresivo, que reza que la sanción debe ser modificada o cambiada¹²⁹, cuando se adviertan circunstancias positivas, o incluso extinguida o suspendida en vista que “la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”¹³⁰.

Así, el fin del derecho penal consiste en proteger las condiciones de vida en sociedad; y ese fin del Estado se concreta, a su vez, en la protección de las condiciones

¹²⁶ Art. 17 CIA

¹²⁷ Art. 7º CIA

¹²⁸ Art. 8º CIA

¹²⁹ Arts. 157, 178 y 187-3 CIA

¹³⁰ R. 2 de La Habana.

de la vida social, dentro de los cuales encontramos los derechos prevalentes de los adolescentes en cuanto a su libertad o privación, como último recurso, dignidad, interés superior, protección, trato diferenciado y especial entre otros.

Esta, es la misión de los bienes jurídicos en cabeza de todos los ciudadanos, por lo tanto, la sanción establecida en la norma penal también presupone la defensa de bienes jurídicos con su finalidad perseguida y, al cumplirse mediante la mediación su cometido, adquieren mayor preponderancia los bienes jurídicos en cabeza del adolescente procesado o sentenciado, para pregonar la innecesariedad de la imposición o ejecución de la sanción o suspensión, al cumplirse el fin de la protección de los presupuestos del orden social.

En nuestro concepto, los bienes jurídicos pertenecen a la humanidad como reflejo de la sociedad y no al derecho positivista o al mundo jurídico, debiéndose acatar la voluntad de la sociedad cuando se considere que los valores protegidos están restablecidos conforme a la realidad social, resultando imperioso confiar en el juez como impartidor de justicia material, para el caso concreto y más bien desconfiar sobre este tema en el legislativo.

Y esta, es la labor del juez para que al momento de imponer la sanción, si lo estima pertinente, verifique los juicios de proporcionalidad que legitiman la afectación a derechos fundamentales¹³¹, se administre justicia a tono con las normas del bloque de constitucionalidad y no una mera legalidad formal y positivista. Así mismo, para que

¹³¹ “Este juicio quedará superado cuándo: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.” Sentencia C 720 de 2007. Corte Constitucional.

aquel que controla la ejecución de la sanción impuesta a un adolescente, realice la ponderación de derechos enfrentados, al entenderse que los bienes jurídicos fijan la medida para determinar la proporcionalidad de la intervención penal y, que éstos se encuentran en una relación de jerarquía para estimar la gravedad de los efectos causados por el delito a la víctima y las consecuencias para el adolescente, sin excederse en la afectación de sus derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, sobre el particular, ha sostenido¹³² que el Estado sólo puede restringir los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal, cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión; y que en un Estado constitucional de derecho, el poder público no es el titular de los derechos. Por el contrario, el Estado constitucional existe, esencialmente, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas.

En este sentido, ningún órgano o funcionario público puede restringir los derechos fundamentales sino cuando se trata de una medida estrictamente necesaria y útil para alcanzar una finalidad constitucionalmente valiosa y cuando el beneficio en términos constitucionales es superior al costo que la restricción apareja.

En conclusión, acertado resulta sugerir que el juicio de ponderación que debe realizar un juez penal para adolescentes, de encontrarse frente al problema jurídico, si procede o no la mediación en dicho sistema, aun en la ejecución de la sanción, inclusive para declarar la innecesariedad de la misma, o por permitirse su modificación atendiendo las circunstancias individuales del adolescente; es: i) análisis del objetivo

¹³² Sentencia C-720/2007

que persigue la disposición y el valor constitucional de la finalidad perseguida; ii) los medios a través de los cuales la disposición busca lograr la meta, estableciendo si los medios se encuentran prohibidos por la Constitución y iii) el análisis de la relación entre los medios empleados y la meta que se busca para concluir si los medios son aptos para el logro del objetivo perseguido por la norma.

3.4 Fundamentos de la mediación como proceso dentro del procedimiento penal

En este apartado se desarrollará el análisis de las reglas a seguir dentro del proceso de la mediación propiamente dicho, donde también se fijan parámetros generales establecidos por la ley procesal penal en materia de justicia restaurativa¹³³. También se profundizará en el rol que debe desempeñar el facilitador, como tercero ajeno al conflicto, haciéndose énfasis en las habilidades y conocimientos específicos exigidos para llegar a un buen término la mediación. Por último, se proporcionarán elementos al mediador para que pueda abordar el conflicto en el ejercicio práctico, con mayor idoneidad, a través de las diferentes historias o perspectivas que se proponen en este trabajo, en aras de la solución adecuada más pertinente a las necesidades del caso en particular que se le propone.

Los principios generales de justicia restaurativa deben ser reinterpretados en clave de la mediación y, para ello, se iniciará su análisis desde las reglas generales contenidas en el artículo 519 integrado por 6 numerales contentivos de principios, que deben ser observados durante todo el proceso de mediación:

¹³³ Se hace referencia a la ley 906 de 2004 aplicable al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, por no ser contrario a su filosofía ni al interés superior de los menores.

3.4.1 Del consentimiento libre y voluntario

Debe ponerse de presente, que no es obligatorio intentarse en todos los casos la solución del conflicto, a través de la mediación, como requisito de procedibilidad en la etapa del proceso penal respectiva, pues incluso para acudir a ella como mecanismo de justicia restaurativa, es necesario que se haga en forma consciente, libre y voluntaria por la víctima, imputado o acusado.

Es permitido retirar el consentimiento en cualquier momento y, esta posibilidad resulta comprensible, por la misma finalidad de la mediación, cuya pretensión es, que las partes en forma voluntaria, manifiesten sus posturas y busquen la solución del conflicto sin coacción, debiéndose percibir por ellas, como un instrumento de ayuda más y no de presión, pues el acuerdo al que se llegue debe estar exento de vicios de consentimiento, entre otras cosas.

Este, es el sentido que quiere dar a este tipo de justicia restaurativa el numeral primero del referido artículo 519 de la ley 906 de 2004, cuando expresamente exige como regla general “El consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someterse el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrá retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.”

Lo que más importa, es restablecer las relaciones resquebrajadas y daños ocasionados por el delito y no causar traumatismos ante la precipitación de un resultado restaurativo que, en últimas, no tendría fundamento si no se cumple o no se asume con responsabilidad y compromiso.

Respecto del consentimiento en mediación, existen dos momentos para su exteriorización, a saber: 1. El consentimiento preliminar referente a la manifestación

expresa, voluntaria y libre que tanto víctima como victimario, hacen ante el fiscal o juez según el caso, a fin de acudir a la mediación como mecanismo de justicia restaurativa¹³⁴; 2. El consentimiento final libre de vicios, donde se exterioriza el consenso materializado al suscribir el acuerdo luego de todo el proceso restaurativo.

Sobre este consentimiento final, se pronuncia Rojas López (2009, p. 191) al señalar las reglas de los resultados restaurativos “Los compromisos finales se hacen con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente.”

Es indudable, que la expresión del consentimiento en uno u otro caso debe estar presente, pues de suceder lo contrario, podría generarse afectación al debido proceso, dando lugar a nulidades, de no subsanarse tal vicio, pero más grave aún, de presentarse esta irregularidad, tratándose de un menor víctima por el interés superior de protección, a quien debe consultarse siempre, dicho consentimiento expresado a través de su representante legal.

El consentimiento debe ser libre de vicios, expreso, consciente y voluntario el acuerdo, al producir el archivo de las diligencias de inmediato o los efectos frente al principio de oportunidad de suspensión del procedimiento, a prueba, hasta por tres años para verificar su cumplimiento.

Puede considerarse, que aun cuando faltare expresamente el consentimiento preliminar, pero si concurriere el consentimiento final al que se hizo referencia respecto del acuerdo, las partes convalidan la actuación o procedimiento restaurativo sin que se generen las consecuencias ya planteadas; siempre que se observen las garantías constitucionales.

¹³⁴ Se hace referencia al contenido del artículo 525 del Código de Procedimiento Penal.

Es doctrina reiterada en la jurisprudencia¹³⁵, que los motivos de ineficacia de los actos procesales, no son de libre postulación, en cuanto se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes.

Así, se ha dicho que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aún cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que la irregularidad afecta garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).¹³⁶

3.4.2 Obligaciones razonables y proporcionadas¹³⁷

Entendiendo, que el delito en la nueva concepción del sistema penal, es una acción que causa daño a otro, es necesario establecer cuál es la dimensión del daño ocasionado por el delito. A partir de esto se busca el resultado restaurativo y, en tal sentido, poder predicar que del acuerdo alcanzado resulten obligaciones razonables y proporcionadas al daño.

¹³⁵ Ver entre otras decisiones la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal del 6 de marzo de 2008, proceso 28996; sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicación 1113; sentencia del 23 de enero de 2008 casación penal, corte suprema de justicia, Proceso 27041.

¹³⁶ Sentencia Casación Penal de 8 de julio de 2004. Proceso N° 15001.

¹³⁷ Artículo 519 CPP Numeral 2°

En materia de mediación, entre más grave sea el delito reflejado en la pena o sanción y los daños causados, mayor serán las obligaciones contraídas en los acuerdos restaurativos, es decir, para que el resultado restaurativo sea legítimo, existe la condición del sopesamiento entre los bienes jurídicamente vulnerados y las obligaciones contraídas.

Cuando se habla de obligaciones proporcionadas se pone de manifiesto el principio de proporcionalidad, con su fundamento constitucional deducido de los artículos 1° (Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11° (prohibición de la pena de muerte), 12° (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13° (principio de igualdad).¹³⁸

La obligación proporcionada, presupone su ponderación frente a la ofensa o daño y surge como un método muy útil para éstos efectos, no perder de vista los máximos y mínimos en que oscila la pena del delito a propósito del daño, por aquello que el legislador cataloga como de mayor o menor lesividad punitiva a las distintas conductas punibles, que se suponen con su realización ocasionan mayor o menor daño.

Sobre esta idea, en particular la Corte Constitucional en la sentencia C-070 de 1996, ha dicho lo siguiente:

Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e

¹³⁸ Corte Constitucional en la sentencia C-070 de 1996, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz

imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.

No obstante, no siempre es indicativo de una obligación proporcionada tomar como fundamento la comparación del quantum de la pena fijada por el legislador en la norma penal, pues siempre se debe observar las circunstancias concretas y los daños efectivamente causados, que son distintos en todos los casos, pero que pueden servir de guía en algún momento.

Sobre la trascendencia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, Angulo González (2006, p. 18) considera que estos conceptos tienen que ser forzosamente la base del equilibrio en la aplicación de este mecanismo, en tanto, que los programas restaurativos no buscan la ventaja de uno de los actores sobre el otro, ni supone actos de revancha o actitudes negativas; no están destinados a impulsar el odio ni van dirigidos a lograr beneficios desproporcionados a costas de la mayor capacidad argumentativa de uno de los protagonistas sobre el otro.

En todos los casos, deben observarse las condiciones particulares del daño producido para valorar la proporcionalidad de las obligaciones y no apegarse a las abstracciones objetivadas que no corresponden a la realidad, a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes tendientes a lograr la reintegración de la víctima y del victimario. Lo cual resulta necesario para romper el paradigma de la justicia retributiva.

También, debe hacerse la distinción entre ponderación y obligación proporcionada; pues la ponderación es el procedimiento y el medio y, la obligación proporcionada es la contenida en el acuerdo, es el fin o resultado de aquella.

Ponderar significa contrapesar o equilibrar, tener en cuenta dos o más principios, bienes jurídicos o intereses del Estado, de la administración de justicia, de la víctima y del agresor, para concluir que todos ganan por las obligaciones que resultan proporcionadas y contenidas en el acuerdo, como resultado restaurativo dentro de éste nuevo modelo de justicia.¹³⁹

A las obligaciones proporcionadas, llegamos luego del juicio de ponderación entre las distintas posiciones, intereses de las partes sujetas a la mediación o bienes jurídicos en contraposición. Desde luego, como lo sostiene José María Rodríguez de Santiago (2000, p. 38), para efectos del control de los argumentos de ponderación, se deben distinguir tres fases y, los argumentos que cada una de ellas implica, así:

i) La identificación de los principios (bienes, valores e intereses) en conflicto. ii)

La atribución de peso o importancia a cada uno de los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto, atendiendo a las circunstancias del caso. iii) Decisión de la prevalencia conforme al criterio de que “cuando mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”. Simultánea formulación de una regla de prevalencia condicionada.

¹³⁹ “Tradicionalmente se ha entendido el derecho público como el derecho de la desigualdad, de lo imponderable. Por ello el derecho público ha permanecido más cerca de los conceptos, que de la inseguridad que se encuentra en la jurisprudencia de intereses, campo este último donde se sitúa la ponderación. Para resolver la antinomia, propone un Estado de la ponderación, en donde el Estado deja de ser el sujeto que impone, con carácter de monopolio, o de magnitudes absolutas, para pasar a ser el que impone ‘lo proporcional’, lo “racional” (Granados Luis Ricardo, Guevara Gladys Virginia y Hernández William, 2004, p. 266)

El concepto de obligaciones razonables, enunciado en el numeral 2 del artículo 519 de Código Procesal Penal, debe ser entendido en sentido amplio porque comprende el concepto de racionalidad o racional jurídico, que en principio y en sentido estricto, se diferencia de la razonabilidad, pero que para estos efectos de los acuerdos y obligaciones en la mediación, deben entenderse intrínsecamente ligados.

La anterior afirmación, tiene sustento bajo el entendido de que lo racional jurídico es lo permitido por el ordenamiento jurídico colombiano y que como fiscales, jueces, mediadores o abogados en sus distintos roles, conocen del derecho u ordenamiento jurídico. Por tanto, en este sentido, se debe orientar tanto a la víctima como al victimario para que sus acuerdos contentivos de obligaciones recíprocas, produzcan los efectos jurídicos pretendidos.

A guisa de ejemplo, se cita el consenso logrado entre las partes, en primer lugar, que el agresor se comprometa a la realización o abstención de alguna conducta, resarcir los perjuicios causados y la víctima se obligue al desistimiento de la acción para que con este propósito se archiven las diligencias, pero si, eventualmente, se tratara de un delito perseguido de oficio o que el bien jurídico protegido saliera de la órbita de disposición de la víctima por ser de toda una comunidad, no sería razonable tal obligación.

Una obligación proporcional, por definición, debe ser una obligación razonable que para efectos de la mediación debe ser racional jurídico¹⁴⁰, para que produzca los

¹⁴⁰ “Lo racional jurídico es lo más próximo a nuestra cultura y formación como profesionales del derecho, porque una decisión jurídica puede entenderse racionalmente justificada si y, sólo si: i) Respeta las reglas lógico-deductivas. ii) Prevalece el principio de racionalidad práctica, esto es, la consistencia, la eficiencia, la relevancia, la coherencia, etc. iii) Busca fuente de derecho vinculante, se apoya en normas de derecho, es decir, tiene una especial preocupación por la validez de la decisión. iv) Por último, no utiliza como elementos decisivos criterios éticos, políticos o sociales.”

resultados jurídicos pretendidos por las partes, si no lo fuere, dejaría de ser proporcional y perdería la esencia por la cual se acordó en ello, conllevando al fracaso de la mediación como instituto acogido por el derecho penal para hacer justicia restaurativa.

Así las cosas, el principio del carácter razonable y proporcional de las obligaciones contenidas en los acuerdos dentro de la mediación, se debe evidenciar en la categorización de los casos a la luz de los principios, valores éticos, sociales y políticos, en la búsqueda de las reglas aplicables al caso, es decir, que sea viable producir lo pretendido por las partes dentro del proceso penal. Para ello, no deben desconocerse los efectos que produciría de llegarse a un acuerdo en aplicación de este mecanismo, que a la postre, son contemplados en la ley procesal penal frente a cada uno de los delitos, bien, cuando se trata de aquellos que requieran querrela o desistibles o, bien perseguibles de oficio donde el mínimo de la pena de prisión, exceda los seis años o cuando no exceda este tope, eventos frente a los cuales los efectos son distintos de llegarse al resultado restaurativo.

Sobre este principio de proporcionalidad, López Medina (2006, p. 85) menciona tres conceptos parciales que se ajustan a nuestra argumentación: la adecuación de los medios escogidos (mediación y sus acuerdos) para la consecución del fin perseguido (verdad, justicia y reparación), la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios) valga decir, en nuestro tema, que la intromisión afecte en menor medida los derechos fundamentales; y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (la dignidad humana, interés superior del

adolescentes entre otros y el sentido de justicia perseguido con el proceso penal para no terminar en impunidad).

Al respecto, La Corte Constitucional en la sentencia T-422 de 1992 establece que “Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.”

En este sentido, es preciso partir del supuesto de que es razonable la categorización de los hechos que tomen en cuenta todos los principios implicados; y de que es razonable la regla individualizada en el marco de las condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responde a las exigencias del caso. Observando esa “razonabilidad” de conjunto se llega a un legítimo acuerdo capaz de poner fin al conflicto o por lo menos de atenuar sus consecuencias, según lo prevé la legislación en esta materia.

3.4.3 La participación no es prueba de admisión de culpabilidad

Teniendo en cuenta que de la misma redacción del Código de Procedimiento Penal pareciera que quien acude a la mediación fuera tildado por este sólo hecho y, desde ese mismo momento, como infractor de la ley penal, a quien hay que reintegrar a la comunidad, como si ya pesara en su contra una sentencia sancionatoria ejecutoriada, podría generarse la sensación de culpabilidad del imputado.

La mediación no debe ser aplicada con el fin de pretender determinar la culpabilidad del imputado o acusado, éste a su vez, puede decidir detener el proceso de

mediación en cualquier momento y, pasar a los juzgados o tribunales para que su culpabilidad o inocencia sean determinadas de modo tradicional.

Piénsese por ejemplo, en el caso que el imputado retire su consentimiento de continuar en la mediación en uso de sus facultades y derechos, ante esto no puede seguirse pensando que es un infractor de la ley penal, pues lo pretendido es buscar un espacio para aclarar sus diferencias, los hechos con la víctima o lo que verdaderamente pudo haber ocurrido. Pero, no es renunciar a la garantía constitucional del artículo 29, del debido proceso sobre la presunción de inocencia.

Es así, que de la simple lectura del artículo 520 numeral 2¹⁴¹, se le llama infractor a aquel que quiere acogerse al programa de justicia restaurativa, cuando se establecen las condiciones para remitirlo, como si hubiera aceptado los cargos o su responsabilidad penal, o con esto se demostrara su culpabilidad. Precisamente, estas interpretaciones desajustadas, son las que quiere prevenir este principio que prohíbe la utilización como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores, la simple participación en este programa de justicia restaurativa por parte del imputado o acusado¹⁴² si se trata de mediación.

En síntesis, está vedado, atribuir responsabilidad penal alguna o juicio de culpabilidad, por la simple participación del imputado o acusado, teniendo claro que al retirar el consentimiento, por alguna circunstancia, de continuar con este proceso de

¹⁴¹ El numeral 2 del artículo 520 del Código de Procedimiento Penal, hace relación a las condiciones que el fiscal o el Juez debe tener en cuenta para la remisión a los programas de justicia restaurativa y, a la letra dice: “2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.”

¹⁴² Debe hacerse claridad, que aún el acusado puede acogerse al mecanismo de la Mediación, siempre y cuando, lo haga hasta antes de iniciarse el juicio oral en tratándose de justicia penal para adultos.

mediación, sin lograrse el resultado restaurativo esperado; la presunción de inocencia del imputado o acusado no sufre ningún debilitamiento.

Esto, implica que se continúe el procedimiento penal en el estado en que se encuentra para establecer su culpabilidad o no, con todas las garantías constitucionales y legales, es decir, a pesar que para efectos de la mediación se le llame infractor o victimario, no implica que hubiere sido declarado responsable de las conductas atribuidas, pues por el hecho de acudir a estos mecanismos de justicia restaurativa, no deben realizarse ningún juicio de presunta responsabilidad, bajo el entendido de que su finalidad es una acercamiento entre las partes, a fin de que se aclaren puntos de vista contrapuestos por ellas, en busca de la solución del conflicto, a través de la comunicación directa.

En concordancia con lo anterior, Angulo González (2005, p.18) analiza las reglas consagradas en el artículo 519, numerales tercero y cuarto de la ley 906 de 2004, las cuales en su opinión, guardan una íntima relación entre sí, dado que su propósito es regular la independencia, la seriedad y la seguridad jurídica del mecanismo restaurativo. Así mismo, tales reglas, según el autor, son prohibiciones que tienden a proteger los programas de justicia restaurativa con el objeto de que no se constituyan en fuentes de graves e indebidas consecuencias para quienes participan en ellos, como autores del delito, es decir, que pretenden dar seguridad jurídica a los victimarios que gozarán de protección legal.

Es preciso resaltar, en armonía con este asunto, que el mediador no puede divulgar la información ni testificar en ningún juicio o procedimiento judicial, por voluntad propia o a solicitud de autoridad judicial o de terceros. La información recibida debe ser respetada por las partes, quienes no podrán utilizar expresiones,

reconocimientos, informaciones, documentos o propuestas conocidas en la mediación, para argumentar o presentar pruebas en la actuación, a la cual se vincula la mediación ni en ningún otro procedimiento judicial o de otra índole.

Este principio, conlleva a que los terceros neutrales o las partes no pueden revelar ni utilizar, en ningún momento, información alguna relacionada con el procedimiento, o adquirida durante el mismo, que no sea del dominio público, excepto para los fines del procedimiento o cuando la ley así lo requiera. En ningún caso, las partes revelarán o utilizarán dicha información en beneficio propio o de terceros o para afectar desfavorablemente los intereses de terceros.

Así, el proceso se caracteriza por su voluntariedad y confidencialidad, características que se les explica a cada parte antes de dar comienzo a las audiencias; las que de estar de acuerdo, suscriben un convenio de reserva, donde también se establecen las normas de participación en este proceso.

3.4.4 El incumplimiento no es fundamento para sanción o agravación

Esta regla general de justicia restaurativa, encuentra fundamento en el artículo 519 Código de Procedimiento Penal, numeral 4º, que establece “El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.” No obstante, la norma regula los procesos restaurativos en procesos penales para adultos, por ser la mediación un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de la misma naturaleza o filosofía de la justicia restaurativa en adolescentes, que es viable aplicar en los procesos seguidos en su contra, debiéndose entender en el texto, que en lugar de condena y agravación de pena, se refiere a la prohibición de sancionar o agravar la sanción o medida en caso de incumplimiento del acuerdo.

Para la aplicabilidad de este principio, debe partirse de la base que ya se ha llegado a un acuerdo, el cual contiene las obligaciones a cumplir con posterioridad a su suscripción, como sería el caso del pedimento de disculpas o perdón por los medios de comunicación o el servicio a la comunidad por determinado tiempo, o el pago de alguna suma de dinero pagadero a cuotas. En caso, de que exista la renuncia a cumplir con posterioridad tal acuerdo, por parte del imputado o acusado, esta no puede ser argumento para atribuir su posterior responsabilidad penal y consecuente sanción o para agravar la misma; en otras palabras, el incumplimiento del acuerdo no logra menoscabar la presunción de inocencia ni podría tomarse como un castigo pues se volvería a la ya superada justicia retributiva.

Este principio, tiene fundamento en aquella concepción que considera que el mecanismo de la mediación inicia desde que se exterioriza su consentimiento preliminar ante el fiscal o juez, para acogerse a él y es aceptado por la contraparte de la misma manera, pero que no culmina con la simple manifestación del consentimiento final para la aceptación del acuerdo; sino que va más allá, hasta verificarse su efectivo cumplimiento. Esto es, cuando se haya dado la reparación en sus distintas formas ya se trate de restitución, indemnización, rehabilitación, servicio a la comunidad, satisfacción y garantía de no repetición, o el pedimento de disculpas o perdón, las cuales son complementarias entre sí a fin de lograr la reparación adecuada.

En vista de ello, se estableció dentro de las directrices emanadas por la Fiscalía General (2006), que se entiende terminada la mediación, por acuerdo entre las partes que ponga fin a la controversia (Osorio Isaza, 2005, p. 165). Así mismo, que la constancia del mediador sobre lo acaecido servirá como instrumento que genera los correspondientes efectos jurídicos en términos del artículo 526 de la ley 906 de 2004.

En tales circunstancias, la simple firma del acuerdo pero que, a la postre, no se presente su cumplimiento, restablecerá la obligatoriedad de proseguir la actuación penal por parte del Estado.

Es indudable, que el cumplimiento del acuerdo es en realidad el que viene a poner fin a la controversia entre las partes, donde se entendería terminada la mediación, según se adujo en la referida directriz, pues de lo contrario, con su incumplimiento se continuaría en la misma situación inicial, siendo necesario consignar en la constancia lo acaecido acerca del incumplimiento de la mediación entre las partes en punto de la reparación integral pretendida a la víctima, para que no se produzcan los efectos jurídicos.

En el ámbito de la mediación el incumplimiento del acuerdo o la información en él contenida u obtenida para llegar a éste, no debe ser causante de poder, ni estrategia para una de las partes y, mucho menos, para que el Estado pueda fundamentar una condena o agravar una pena, pues no es la esencia de la institución ni el querer del legislador que expresamente lo prohibió.

Refiriéndose a la conciliación como mecanismo de justicia restaurativa y, por ende, afín con la filosofía de la mediación, Bañol Alejandro y Bañol Laura (2006 p 77), en su texto *Justicia restaurativa-una dinámica social*, afirman que suele suceder que una persona en su relato sólo muestre posiciones radicales y estáticas, siendo muy difícil negociar de esta manera, entendiendo que casi siempre esta tendencia buscará la imposición, antes que la concertación y, habrá un desequilibrio, siendo esto, lo que el conciliador debe combatir constantemente a fin de evitar que dicho espacio se convierta en una escena de medición de fuerza y de poder para doblegar a una de las partes.

La regla está en consonancia con la característica de la confidencialidad¹⁴³, que a pesar , de no estar taxativamente señalada en el descriptivo normativo del artículo 519, debe traerse a colación, pues de utilizarse la información o el incumplimiento de un acuerdo o lo transcurrido en las sesiones, para fundamentar una condena o agravar la pena, presupone la revelación de todo o parte de lo acontecido en el proceso de mediación, por lo que se perdería la credibilidad de la institución al estimarse que el mediador se parcializaría con el Estado en estos efectos desfavorables para alguna de las partes, ante el eventual incumplimiento.

Si, el mediador quiere averiguar los intereses de las partes y sus prioridades, así como lograr acuerdos, debe hacerlo sin coacción y, sin ninguna amenaza sobre que el eventual incumplimiento le agrave la situación jurídica. Así mismo, debe garantizar la confidencialidad de la información que recabe de cada una de las reuniones bien sea conjuntas o separadas. (Bañol Alejandro y Bañol Laura, 2006, p. 84).

Este deber de sigilo se extiende incluso después de haber finalizado la mediación. Cuando en el transcurso de la mediación se deba revelar algún dato que le haya sido transmitido por una de las partes, deberá previamente pedir la autorización de ésta si entiende que el mismo es esencial para la resolución del conflicto.

Es evidente, que para llegarse al acuerdo que se presupone incumplido, debió existir una comunicación personal o facilitada entre las partes, donde se deja evidente una serie de información que a su vez permite el control de la situación recíprocamente, que al darse el uso de la palabra a las partes y que en este relato se complete la

¹⁴³ La Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de la ONU, principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal que el legislador colombiano toma como fuente- determina que “las conversaciones mantenidas en los procesos restaurativos que no sean públicos tendrán carácter confidencial y no deberán revelarse ulteriormente.” (anexo, III, 14).

información que tiene el conciliador, en este caso mediador, donde incluso se permite al solicitante que haga una exposición de la situación desde su punto de vista, implica poner de manifiesto información que de no haber sido así no se conociera, por ello, de presentarse el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el acuerdo, no puede ser utilizada esta información en contra del victimario.

Es necesario, por tanto, indicar a las partes como terceros neutrales bien se trate de los mediadores o conciliadores, como lo sostienen en este último caso, los mismos autores, que el espacio de la conciliación es un lugar natural, que no hay lugar a presiones y que de allí nada de lo que se diga puede ser usado en un juicio (Bañol Alejandro y Bañol Laura, 2006, p. 77).

3.4.5 Imparcialidad y mutuo respeto

Esta regla de imparcialidad contemplada para el facilitador, no es cosa distinta que la neutralidad durante toda su actuación como tal y, es una cualidad intrínseca a la persona que debe saberse manejar profesionalmente y, lo es tanto, del mediador, como con carácter general, de la institución en la que se integra, que por propia definición debe revestirlas. En tanto, que el mediador se configura como un tercero independiente de las partes en conflicto, la imparcialidad y la neutralidad son cualidades inherentes a su condición, estando en la obligación de proporcionar el equilibrio de los intereses de las partes.

Sobre este particular, también se ha referido Angulo González (2006, p.19) como sigue “La norma previene que en los casos en los cuales se adelanten programas de justicia restaurativa, con la participación de un facilitador, este tendrá la obligación de actuar de una manera imparcial, sin favorecer a ninguna de las partes en conflicto y

buscando que víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respecto.”

Quepa aclarar, que a pesar de considerarse la imparcialidad, una cualidad intrínseca o inherente a la persona, debe saberse manejar con profesionalidad, pues ello, no supone que el mediador no tenga su propia opinión de las circunstancias sobre las que versa el conflicto, opinión que debe quedar totalmente al margen de su función, pues en caso contrario, perdería credibilidad ante una de las partes.

En muchas ocasiones, la voluntad o intención del mediador no es querer actuar con parcialidad, pero su conducta y/o actitudes pueden transmitir esa idea a alguna de las partes. Por ello, debe tenerse mucho cuidado durante todo su desempeño para cuidarse de cualquier acto capaz de producir esta imagen de poca neutralidad.

A manera de ejemplo, podría citarse el hecho de que el mediador considere necesario una reunión en privado con una de las partes, lo que puede generar en la otra, cierto recelo que eventualmente anularía la credibilidad del mediador, por tal razón, en estos casos, es menester establecer si están de acuerdo o no, las partes con este tipo de reuniones separadas; y es a esto lo referido, cuando se sostiene que la imparcialidad debe saberse administrar o transmitir, a pesar de ser inherente al mediador.

Otro aspecto práctico para transmitir la percepción de imparcialidad, como lo anota María del Mar Serna y Jaume Admetlla (1998, p. 16) es la misma ubicación del mediador durante las sesiones, que aparentemente, no tendría ninguna relevancia con ocasión de la imparcialidad, pero puede darse el caso, de que el sentarse más próximo a una de las partes genere la sensación psicológica para la otra, que su cercanía representa el respaldo de sus intereses. De igual manera, puede percibirse el hablar en secreto o en un tono distinto, situaciones que pueden ser tomadas como afectantes al principio de

imparcialidad, aun cuando conscientemente el facilitador no lo prevea de esta manera o no sea su intención.

Para que la justicia restaurativa tenga el carácter de desarrollar los principios constitucionales pretendidos, se precisa que las instituciones que la alberguen, cuenten con facilitadores debidamente capacitados para la función que se les asigna, encarnando la imparcialidad y neutralidad necesarias para su desempeño. Esas características, deben transmitirse a las partes en conflicto para que puedan depositar su confianza en estos mecanismos de solución de conflictos, en especial de la mediación por ser una institución que se encuentra en su más temprano desarrollo en Colombia y, cuya eficacia se fundamenta, precisamente, en esa condición.

El facilitador no debe dar un trato desequilibrado a las partes como lo expresan Serna y Admetlla (1998, p. 16-17) en el acápite de pautas del mediador, por el contrario, en cumplimiento de esta regla general, ambas deben percibir y recibir un trato equivalente por parte del mediador, de no ser así, no se confiará en él, resultando difícil por no decirlo imposible, que se lleguen a soluciones de compromiso.

No mirar a la persona que habla o interviene durante la mediación, va en desmedro del cumplimiento a cabalidad del carácter imparcial del mediador, atendiendo que éstas deben sentirse escuchadas en sus planteamientos por alguien que les transmita confianza. Así mismo, el situarse, equidistantemente, de las partes en la mesa de mediación, transmite la imagen de neutralidad que se exige al mediador, tanto como tratar de forma igual a los intervinientes y prestar atención a ambas partes. Reunirse las mismas veces, separadamente, con cada uno, de darse el caso, permitir el mismo tiempo de intervención en las reuniones conjuntas, son otros de los criterios que se hacen necesarios para el proceso de mediación.

Sobre este aspecto, Tamarit y Villacampa (2006, p. 303) afirman que el proceso reparador exige una conducción profesionalizada, es decir, que el facilitador logre mostrarse ajeno al hecho y a las partes. Esto, requiere la preparación del escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación satisfactoria, favoreciendo que las partes encuentren soluciones viables y proporcionadas.

El abordaje final de este principio, conlleva al mediador a velar como terceros neutrales, para que la víctima e imputado o acusado actúen con mutuo respeto. Para ello, es trascendental al inicio de las sesiones, dejar en claro las reglas de juego que deben cumplir las partes, debiéndose comprometer libremente a su cumplimiento para luego sí dar inicio a las conversaciones. Desde luego, que dentro de estas reglas se pone de presente, el respeto mutuo y la cordialidad, pues lo pretendido es llevarlos a la convicción, que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso a través de una forma pacífica y civilizada de solucionar el conflicto.

Si se procede de esta manera, el facilitador tiene una herramienta más, para que en un momento dado, cuando se esté perdiendo el rumbo de la cordialidad y el respeto, recordar a las partes el compromiso asumido al inicio de la sesión, tanto como el interés voluntario de acudir a la mediación y el respeto de sus reglas; de tal manera, que si no desea cumplir con ello, pueden retirar su consentimiento para continuar en este proceso cuando lo deseen y, si deciden continuar, lo harán con respeto y en cumplimiento de las condiciones aceptadas libremente al inicio de la mediación.

3.4.6 Asistencia letrada

Si bien es cierto, se predica la justicia restaurativa, como un espacio donde se busca el entendimiento directo en forma activa, tanto de la víctima como del imputado o acusado, a fin de lograr la solución del conflicto, por sí mismo, sin la intervención de un tercero que decida por ellos, no es menos cierto también, que el artículo 29 de nuestra Carta Política, plasmó como derecho fundamental el debido proceso aplicable a la mediación al comprenderse como parte del proceso penal. En consecuencia, el derecho a ser asistido por un abogado, en ejercicio de su derecho de defensa integrante del debido proceso, no puede ser menoscabado.

Los intervinientes, bien sea la víctima o agresor, pueden hacer uso de este derecho de defensa en cualquier momento, consultando su abogado en la mediación, bien sea de confianza, de oficio o de la defensoría pública, sobre las consecuencias o cualquier otro aspecto a propósito del proceso de mediación.

Esta regla general de justicia restaurativa encuentra legalmente su fundamento en el numeral sexto de la ley 906 de 2004, artículo 519 y en el argumento de autores como Delgado llanos (2008, p. 75-76) quien llega a afirmar que resulta incomprensible la prohibición de celebrar acuerdos entre la defensa y la fiscalía contenida en el artículo 157 de la ley 1098 de 2006, pues esta norma deviene violatoria del debido proceso y claramente regresiva, en cuanto implica, de algún modo, volver a la idea eufemística de proteger al “ menor incapaz” de sus propios errores o decisiones, desconociendo que es asistido por un defensor y rodeado de plenas garantías.

Queda claro, que no se trata que sea el abogado quien directamente asuma la posición de negociador frente a la otra parte, al no ser la naturaleza del instituto, a diferencia de otros mecanismos como la conciliación, el objetivo de la mediación, es lograr el entendimiento directo entre la víctima y victimario para confrontar puntos de

vista opuestos, que logren reconstruir las relaciones resquebrajadas, asumir sus propias responsabilidades, satisfaciendo las necesidades tanto individuales como colectivas e, incluso pidiendo perdón por los daños causados, objetivos que no podrían lograrse de ser el abogado quien medie directamente.

Una vez logrado el resultado restaurativo, la participación del abogado es más activa frente a los beneficios para el imputado o acusado, solicitando al juez correspondiente sea tenido en cuenta como criterio para la definición de la sanción, es decir, para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción, esto, si se trata de delitos perseguibles de oficio de mayor potencialidad punitiva, como ya se ha hecho referencia en capítulos anteriores; o solicitar a través del fiscal, la aplicación del principio de oportunidad y el archivo de las diligencias, según se trate de delitos que permitan la disponibilidad del bien jurídicamente protegido, como aquellos que requieren querrela de parte; incluso el abogado pudiera solicitar la extinción de la acción penal en aquellos delitos perseguibles de oficio cuya pena mínima de prisión sea menor a seis años, siempre y cuando la víctima tenga bajo su órbita personal la disponibilidad del bien jurídico.

Sobre este último aspecto, es preciso recordar lo afirmado por Gómez Pavajeau (2007, p. 109) en cuanto a que la decisión que prescinda de la persecución penal produce la extinción de la acción (artículos 327 inciso 1º y 329 del CPP) luego entonces, una de las consecuencias de la decisión de archivo definitivo, luego de la verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas, no corresponde al fiscal por sí mismo, sino con la intervención del juez de control de garantías y, esta debe ser una de las labores de gestión y asesoría del defensor del adolescentes, entre otras.

En estricto cumplimiento de este principio, el abogado debe ser letrado y experimentado, competente y eficaz, actuar con libertad y diligencia, conforme no solo a la ética del abogado, sino a la Constitución, las leyes y los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad; adoptando las medidas jurídicas que sean necesarias para salvaguardar los derechos de su cliente. La inadecuada asistencia técnica del abogado también da lugar a la nulidad de las actuaciones penales surtidas. El defensor designado no requiere de formalidad alguna de reconocimiento para actuar (Ardila y Sabogal, 2009.p. 42- 43).

3.5 Rol del mediador en el sistema penal para adolescentes

El mediador debe restablecer relaciones, en lugar de destruirlas, utilizar un lenguaje sencillo, tiene que ser paciente, reflexivo y tolerante. Debe permitir que los demás se definan y aclaren sus posturas, debe saber escuchar, tener una comunicación eficaz y precisa con las partes. Así mismo, debe ser capaz de entender los sentidos e intereses que manifiestan las partes haciendo uso de técnicas como la reformulación, el resumen, el parafraseo y demás formas de devolución de lo dicho por las partes para que estas reflexionen y comprendan las consecuencias de ello.

Bañol y Bañol (2006, p. 76) ilustran claramente esta técnica del parafraseo como una de las ayudas de la comunicación y señalan su utilidad al permitir que un mensaje, frase o información que no sea clara o esté difusa, sea aclarada por el facilitador tomando el mensaje emitido, repitiéndolo y preguntándole a la persona si la interpretación que se está dando a dicho mensaje es la correcta. Continúan los mencionados autores (Ibíd.):

El parafraseo es pues una forma de indicarle a las personas que están comunicándose, que su mensaje es muy importante y que además nos interesamos en el mismo. En esta técnica no se está juzgando el contenido del mensaje sino la forma como se presenta el mensaje al exterior. El parafraseo no es el dictamen del conciliador sobre el contenido de la información, es una técnica para mejorar la información.

Los mediadores disienten bastante sobre si deben presentar ideas para la solución del conflicto y, en esta medida, algunos optan por dejar la responsabilidad totalmente a las partes, organizar sesiones para generar nuevas propuestas o proponer maneras de resolver una situación. El método más seguro es que el mediador se limite a hacer preguntas que estimulen a las partes a pensar creativamente.

No se trata de que el mediador sea quien les solucione el conflicto que puede ser penal, familiar, empresarial o social, o que les imponga las obligaciones a cada uno de una forma arbitraria, sino que sean las partes quienes solucionen el conflicto, siendo los mediadores quienes colaboran en todo el proceso, propiciando el acercamiento entre ellas, para que exista un reconocimiento mutuo.

Es natural que como integrantes de la sociedad, existan diferencias entre las personas, pero como ciudadanos se debe estar en capacidad de solucionar los conflictos de una forma pacífica, lo cual corresponde a un deber ciudadano que debemos acatar en el marco de unas mínimas reglas de convivencia. Todo esto, se da por la diversidad de pensamientos, de culturas, de ideales, de religiones y razas que es lo que nos hace libres y dignos como seres humanos, siendo éste, precisamente, uno de los fines del Estado pluralista y social de derecho: lograr la convivencia pacífica.

Los cambios y la diversidad que se presenta en la sociedad, generan paradigmas, modelos mentales o creencias por las distintas formas de pensar y de ver las cosas dependiendo desde el contexto en que se miren, por ello, se comparte la apreciación de Bernal y Molina (2010, p. 203) quienes explican que si la inspiración es remitirse a lo que ocurría con las partes antes de la conducta, es natural entender que la restauración no debe alejarse de lo que era esa realidad entre las partes. Así, no se trata de cambiarles el modo de vida o la visión del mundo, como lo puede sugerir el derecho penal con el juicio de reproche en sede de culpabilidad.

Los seres humanos estamos inmersos en conflictos precisamente por la heterogeneidad o pluralidad de ideas y situaciones que se pueden resolver de distintas formas; por esto, es importante saber dirigir a los disputantes para que encuentren una manera de convivir con estas diferencias, logrando romper con ese campo de fuerza donde distintos impulsos culturales tienen que abrirse camino. De tal forma, que la observación, la comunicación y la emoción, sean piedras angulares, sin las cuales no se podría tener el mismo éxito en la mediación de conflictos.

En cuanto a las emociones, se debe decir, que juegan un papel muy importante en nuestros estudios y nuestro aprendizaje, en todas las etapas de la vida y del aprendizaje permanente, en especial para el desempeño como mediadores de conflictos.

David Ryback (2005, p. 112) proporciona un valioso concepto sobre la inteligencia emocional como cualidad que debe contener el mediador en su labor y, en este sentido, citando a Roger en *El camino del ser* (1980), a propósito de los orígenes de la inteligencia emocional, expresa:

Significa entrar en el mundo de las perspectivas del otro e instalarse cómodamente en él, supone ser sensibles a cada momento, a los sentimientos

cambiantes de esta persona ante el miedo la ira, la ternura, la confusión o cualquier otra cosa que esté viviendo la persona. Significa vivir temporalmente en la vida del otro moviéndose con delicadeza por ella sin hacer juicios de valor; significa percibir significados de los que la persona es apenas consciente, pero sin intentar desvelar sentimientos completamente inconscientes, pues esto representaría una amenaza demasiado grande.

Se entiende entonces, que la emoción deja ver lo que verdaderamente sienten los disputantes y, que en muchas ocasiones afecta la racionalidad; es por ello, que resulta relevante trabajar sobre este aspecto, como nuevo paradigma en el manejo y resolución del conflicto, para cambiar su apreciación y el contexto desde donde se están viendo las cosas, que conllevan a las partes a realizar afirmaciones que impiden los acuerdos.

Lo anterior, tiene cabida bajo el entendido de que los humanos somos seres emocionales y racionales coetáneamente; por ello, se plantea que al encontrarnos en presencia de hombres que por sus emociones y sentimientos realizan narrativas distintas sobre algún contexto, siendo esta la razón por la cual se genera el conflicto; como mediadores se debe estar en capacidad de observar y conlleva a las partes a un nuevo enfoque para que hagan una nueva lectura sobre los hechos; es decir, darle un manejo a esta emoción cambiando la percepción y la forma como razonan sobre el hecho.

Como es natural, hay emociones que favorecerán el comportamiento o desempeño como mediadores y, hay otras que lo perjudican o lo obstaculizan. La inteligencia emocional permite la manifestación de emociones; la clave es saber llevarla y hacerla productiva (Ryback, 2005, p. 118).

A priori, se puede decir, que estados anímicos como la alegría, el entusiasmo o el coraje nos impulsan con la energía emocional adecuada para llevar adelante con

eficiencia cualquier proceso de mediación; y que estados anímicos como la tristeza, el miedo o la cólera perturban, obstaculizan o incluso pueden llegar a invalidar el proceso de la mediación.

En este orden de ideas, podría afirmarse que los mediadores deben tener una formación integral, no solamente en cuanto a lo que hace referencia a la información o adquisición de conocimientos propios de la mediación, sino también en cuanto a lo formativo que parte de la idea de desarrollar, equilibrada y armónicamente, diversas dimensiones del sujeto que lo lleven a formarse en lo intelectual, lo humano, lo social y lo profesional. De esta forma, se debe desarrollar la inteligencia emocional y la capacidad de resolver y manejar equilibradamente las emociones con la razón.

Los conocimientos formativos se refieren al desarrollo de habilidades y a la integración de valores expresados en actitudes. Es importante resaltar, que estas habilidades que hacen parte de la inteligencia emocional es lo que conduce a reconocer y comprender los propios sentimientos como es el de controlar todos esos impulsos de los estados emocionales.

De esta manera, se facilita el logro de objetivos cuando se sienten las necesidades de las demás personas, construyendo así, climas agradables, a través de la comunicación, como en el manejo de los conflictos.

La comunicación en la mediación, es una de las habilidades por excelencia cuando se manifiesta el conflicto y es allí cuando se vuelve más emotiva, esa comunicación debe ser lo más clara posible y para esto es necesario administrarla bien, que se reconozca lo que se dice y no perjudique el entendimiento, es decir; desarrollar habilidades que permitan mayor potencia y eficiencia en la comunicación y, que le

posibiliten a los actores involucrados en el conflicto, comprender la visión del otro (Rozenblum Sara, 2007, p. 77)

En palabras de Bernal y Molina (2010, p. 200-201), es necesario facilitar el diálogo inmediato o mediato para que surja una nueva relación y, lo más importante, que se tenga conciencia de esa relación, generándose la reconciliación, porque al realizarse el diálogo consentido, pueden reconocerse uno en el otro, como personas que necesariamente comparten una estructura social.

Los sentimientos, pensamientos, reacciones físicas y conductas en torno al conflicto, surgen, al menos en parte, de las creencias, supuestos y experiencias vividas que en algún momento de la mediación pueden salir a flote o pueden llegar a evidenciarse por la narración de los hechos. Estas emociones pueden parcializar al mediador con alguna de las partes o hipótesis, siendo necesario por tal razón ser conscientes de la importancia que juega la inteligencia emocional y la comunicación con los demás individuos, en el manejo de los conflictos, dentro del proceso de la mediación, pues la confianza y credibilidad podrían perderse y conllevar al fracaso del mediador.

Otro de los aspectos que se propone como nueva forma para abordar el conflicto son los diálogos transformadores, los cuales incluyen herramientas y técnicas que amplían los recursos que poseen las partes y el mediador, para transformarse en protagonistas proactivos en el manejo de conflictos y problemas, ampliando sus contextos para entenderse bajo el mismo significado.

Los seres humanos son dados a realizar mapeos dentro de la mediación, realizan una lectura sobre los distintos hechos dependiendo las circunstancias personales y experiencias vividas y, en la mayoría de las ocasiones, se presentan por la profesión,

actividad u oficio de las partes en la mediación, es por ello, que el mediador debe saber a quién se está dirigiendo, para saber cómo hablar o comunicarse.

Así las cosas, la nueva tendencia para los mediadores es aquella que propone destrezas comunicacionales aplicables a diversos campos para transformar las conversaciones estancadas en instancias productivas, pues si algunas de las partes se refiere hacia el otro en una oración destructiva o negativa, el mediador, habilidosamente, a través de sus capacidades, puede cambiar el contexto de la afirmación de una forma positiva. El mediador a través de los diferentes tipos de preguntas, tales como las lineales, estratégicas, circulares, reflexivas, abiertas o cerradas, entre otras, puede dirigir la mediación y conducirla adecuadamente logrando el acuerdo entre las partes.

En este sentido, deben realizarse preguntas dependiendo las distintas circunstancias que se presenten dentro del proceso, pues sirven para orientar al mediador mismo, e influenciar a quien recibe la pregunta.

Los mediadores ayudan a las partes a negociar. No tienen poder de decisión sobre la solución del conflicto ni tampoco deben hacer comentarios ni juicios de ningún tipo durante la mediación. Pueden ser abogados, pero como no se requiere conocimientos legales, no es necesario, simplemente deben permitir encontrar soluciones basadas en el sentido común con base en la justicia y, que las partes estén de acuerdo, para evitar que haya un perdedor.

El mediador debe buscar un lugar adecuado para llevar a cabo el proceso de mediación, no requiere de alguno en particular, pero debe ser en un lugar neutral. El contexto determina en parte el ambiente, a esto, es lo que llaman María del Mar Serna y Jaume Admetlla (1998, p. 42) “liturgia de la mediación”, es decir, el lugar donde las

partes se van a reunir con el mediador, con la finalidad de ir acercando sus posturas para alcanzar un acuerdo, tiene más importancia de la que usualmente se le ha dado.

De igual manera, el proceso de mediación penal implica la comunicación a las partes sobre el procedimiento del mismo y sus derechos, donde se presupone la información de los efectos del eventual acuerdo alcanzado, que se formalizará en un acta redactada y suscrita con las partes, sin utilizar, en ningún caso, prácticas de negociación que pretendan intimidar a la contraparte.

Ser mediadores, también impone la obligación de ser honestos e imparciales, promover la confianza de las partes, obrar de buena fe, ser diligentes y no buscar sus propios intereses ni tener interés en el acuerdo de las partes, asegurando el acceso a la justicia.

Para ilustrar aun más, estas apreciaciones generales respecto del rol del mediador, Zuluaga, Amorocho, Barragán, Gama y Olarte en su monografía de grado (2007, p. 39) sugieren tomar en cuenta algunas habilidades que complementan las aquí planteadas, como son:

- La Mediación supone que el mediador considere a las partes como personas, quien procurará que éstas también, entre sí, se vean con respeto; por ello, el mediador las aborda en consideración a su naturaleza, sin discriminación, sin prejuicios y abierto a romper sus propios paradigmas.
- El tercero mediador, es fiel practicante de la “tolerancia activa”, acepta que la perspectiva del otro es, por lo menos, tan valida como la propia, que la suya propia también es apenas una de las posibilidades. Por tanto, el mediador no puede limitarse a tener “tolerancia pasiva”, es decir, a tener paciencia por el otro

en su diferencia; el mediador en su trabajo presentará a las partes el criterio de la tolerancia activa para que aquellas puedan acercarse a un acuerdo, a partir de sus posiciones diferentes y frecuentemente opuestas.

- El mediador se aproxima inicialmente a las partes con un objetivo secundario, el de evitar la escalada del conflicto y ojalá la reversión del mismo, eliminando las subjetividades para llegar hasta la situación objetiva, concreta, cierta para las partes; disminuir las tensiones típicas que conducen al odio, rencor, venganza y violencia.
- El mediador realiza la integración de los usos, el lenguaje, las formas adecuadas de interlocución, el imaginario colectivo y el universo simbólico de las partes. De esta forma, se aproxima mejor a entender a las partes, para con ese conocimiento poder influir en sus decisiones y acuerdos que verdaderamente respondan a su propio contexto, cultura y dinámica de vida.
- El mediador parte en su trabajo de entender el tipo de relaciones existentes entre las partes. La teoría sistémica nos ilustra sobre la manera en que somos interdependientes. Las personas nos vemos influidos por tipos diferentes de relaciones y, por las relaciones mismas existentes entre la lógica y la mente, la ontología y la cosa, lo formal y lo racional, lo material y el hecho, la lingüística y el pensamiento, lo aparente y lo consensual, lo que se piensa y lo que se percibe.
- El mediador tiene por misión el reconstruir las relaciones entre las partes, de tal forma, que no solo transforme la situación que dio origen a la controversia, sino que transforme a las partes mismas en cuanto a sujetos de controversias; para

que, superadas las causas del conflicto, éste no se vuelva a presentar, o en caso de sucederse, los actores sepan cómo administrar sus diferencias.

De lo anteriormente expuesto, es posible concluir, que la comunicación en estos procesos, no se puede concebir de una forma estática, sino como una información dinámica para que quienes participen en ella, produzcan y compartan historias en movimientos.

Existen otras opciones de diálogo, la narrativa por ejemplo, los cuentos, historias, recuerdos que vinculen espacios comunes como alegrías, dolor y sufrimiento. La cultura de mediación tiene unos valores propios de compromiso, de fomento de la igualdad y el respeto, de implicación, de participación ciudadana y de ejercicio activo de la democracia.

Un propósito claro debe ser facilitar en los involucrados la apertura a una resolución conjunta de conflictos, legitimando a las personas reconociendo sus historias y narrativas frente al conflicto, cambiar sus perspectivas, dimensionar y transformar sus prejuicios, facilitar la identificación de metas comunes. Se debe analizar qué es el conflicto para cada parte, cómo lo asimilan, qué lectura hacen sobre los hechos ocurridos, desde qué óptica lo ven, cuál es el paradigma que mueve a cada una de las partes y cuáles son los puntos de encuentro.

El mediador con esta tendencia debe transformar las historias de las partes y la relación entre ellas, por medio de la reflexión y comprensión sobre el conflicto, hacer que se conciba éste como posibilidad de una nueva realidad y manera de ver las cosas.

En este orden de ideas, el criterio de éxito de la mediación se da en la medida que se transforme la realidad de cada uno de los involucrados en el conflicto, así como

sus relaciones, a partir de la historia y narrativa que posibilite el cambio, resignificando el conflicto, cambiando sus propias percepciones e historias.

Por lo tanto, todo conocimiento que no ayude al cumplimiento de tal propósito, no debe ser considerado y es posible pensar, que es fundamental seguir conociendo e investigando sobre estos mecanismos alternos de solución de conflictos, para abrir un nuevo camino a esta tendencia como nuevo paradigma en la resolución de conflictos, hasta llegar a constituir la en principio de vida y de convivencia en la sociedad.

3.6 Estilos de mediación penal acordes con las necesidades individuales del menor

Es necesario estudiar los diferentes estilos que se pueden presentar en la práctica de una mediación, a fin de poder detectar cuál es la metodología o técnica más ajustada para casos concretos y, adecuada para llegar al consenso de las partes. En esto, coincidimos con Baruch y Folger (1996, p. 55) al afirmar que “sea cual fuere la descripción que aceptemos acerca de la forma actual del movimiento, definir una orientación futura depende de la historia en la cual creamos como recomendación acerca de lo que debe ser el movimiento,”

En muchos de los casos, los daños no son cuantificables en dinero y, las necesidades de las víctimas son distintas, conllevando a que el resultado restaurativo eventualmente alcanzado, no logre la finalidad pretendida por las partes ni por el legislador, al momento que instituyó la mediación como mecanismo de justicia restaurativa.

En este sentido, se analizarán cuatro historias diferentes: historia de la satisfacción, historia de la justicia social, historia de la transformación y finalmente la historia de la justicia reparativa.

3.6.1 Perspectiva de la satisfacción

Lo que pretende esta historia es la satisfacción en un alto porcentaje de los intereses de cada una de las partes, de tal manera, que lo importante es solucionar el conflicto a través de un acuerdo donde se satisfaga lo pretendido individualmente, sin que se preste considerable relevancia a otros aspectos tales como el desenvolvimiento de las relaciones hacia el futuro, creación de vínculos sólidos o reflexión y comprensión sobre el conflicto.

Este tipo de perspectiva, para afrontar la solución del conflicto mediante la mediación, está íntimamente ligada a la justicia negociada o del regateo, la cual es criticada a la luz de la propuesta de justicia reparadora planteada por Tamarity y Villacampa (2006, p. 315). Esta conclusión, surge de la lectura de algunos comentarios del texto, cuando los autores expresan:

La justicia reparadora debe distinguirse de la negociación y, aunque puede tener elementos en común con otras formas de justicia consensuada o negociada, su espíritu es muy lejano de aquellas formas en las que la idea de justicia se haya degenerada y denigrada bajo practicas basadas en el regateo (...) Se alude en este sentido a una “mediación humanística” como practica distinta a otras formas de mediación, que permiten subrayar esa diferencia esencial entre “justicia reparadora” y “justicia negociada”.

No obstante, las críticas a dicha perspectiva, en algunos casos menores sería viable su práctica, sin perder de presente que el fundamento de esta teoría, es la simple satisfacción de las necesidades individuales, donde se concibe el conflicto como un problema a resolver y no como una oportunidad de crecimiento personal y social.

El criterio de éxito de la mediación en este modelo, se materializa en un acuerdo que contiene obligaciones, estaría íntimamente ligado a la manera como la víctima cuantifica la dimensión del daño causado por el delito, base de su pretensión y el beneficio del agresor por el cual está dispuesto a aceptar libremente.

Sería el caso por ejemplo, en el que la víctima de un delito querellable simplemente pretenda el pago de una suma de dinero para el pago de los daños causados y por su parte el agresor le asista interés a indemnizar una suma acordada con el propósito de solucionar su asunto penal con ocasión de su responsabilidad.

En tal circunstancia, el acuerdo satisface los intereses mutuos e individuales al mismo tiempo, debiéndose respetar el consenso que les permite solucionar el conflicto que les enfrenta y desde esta perspectiva pensar que las obligaciones contenidas en el acuerdo resultan ser razonables y proporcionadas con el daño causado, pues así fue concebido por las partes quienes finalmente son los que participaron conjuntamente y en forma activa en la resolución de cuestiones que les enfrenta derivadas por el delito. Así, resulta ser evidente que ésta es la manera de dirimir sus diferencias y podría afirmarse que el mediador no tiene ningún poder para imponer una solución a los protagonistas.

Aplicando este modelo, se lograría mayor agilidad en los procedimientos, descongestionando los despachos judiciales; la resolución de los asuntos sería más rápida, pues no sería necesario ni siquiera el procedimiento judicial. En estos casos, la mediación ha originado más satisfacción desde el punto de vista de las partes. En efecto, estas son las historias “menores” del movimiento (Baruch y Folger, 1996, p. 55).

Con esta perspectiva, lo pretendido es satisfacer en un 100% los intereses de cada una de las partes, pues el criterio de satisfacción está dado por la solución del conflicto, mediante el acuerdo. El mediador no debe cuestionar a las partes, por el

contrario, es preciso promocionar la autonomía individual a través de una actitud de cooperación mutua.

3.6.2 Historia de la justicia social

Para la aplicación de este modelo, es necesario que el rol de víctimas o incluso de los perjudicados por el delito causante del daño, sea toda una comunidad o parte de ella, como son los vecinos o personas que pertenecen a instituciones u organizaciones educativas, religiosas, sociales, comerciales o gubernamentales, que no se encuentran necesariamente involucrados emocionalmente y cuyas necesidades no son específicas, sino colectivas. Su participación dentro de un proceso de justicia restaurativa se remite al apoyo y a la facilitación de éste. Una de las necesidades de estas partes, es favorecer la cohesión social facilitando la creación de redes sociales.

Por la trascendencia que adquiere la aplicación de este modelo en los procesos de mediación penal en adolescentes, se considera la siguiente propuesta de Tamarit y Villacampa (2006, p. 321) quienes recuerdan la diferencia entre la reparación, en sentido penal y, la responsabilidad civil “ex delicto”, tanto como la idea de la reparación según la propia capacidad y de los contenidos no económicos de la misma:

La ley establece una vinculación excesiva entre la reparación y la responsabilidad civil derivada del delito, tanto en la concepción de la figura de la conciliación en el incidente de “reparación integral” como la mediación, al disponer el artículo 526 que “la decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral”.

Impulsar la participación ciudadana, como se pretende con esta perspectiva, implica hallar soluciones pacíficas a los problemas que se generan en las distintas instancias relacionadas con la vida social organizada, es por esto, que los métodos alternativos de solución de conflictos significan hoy una nueva perspectiva cultural, para la proyección hacia el futuro, lo que implica una escucha activa de las distintas connotaciones que se tienen del conflicto y llegar a una solución basada en la corresponsabilidad

La mediación tiene una serie de beneficios dentro de este paradigma, por ejemplo, que la comunidad cambie o aprenda una nueva mirada frente al agresor y de esta manera, lo conciba como parte integrante de ella, buscando la optimización de la cohesión social y, como es natural, en esta institución la participación activa de la víctima, el agresor y la comunidad, que tanto la víctima como el victimario sean vistos como seres humanos integrantes de la sociedad y no solamente como aquel que recibe un daño y alguien que lo comete.

Por la posición que cada sistema toma, existe un afán de interpretación de los hechos, solo que cada cual va elaborando sus propios principios y, por tal razón, se ven las discrepancias y los enfrentamientos de las distintas posiciones, los procesos mentales se ven como productos de costumbres, de hábitos¹⁴⁴, de asociaciones y de experiencias, (Barragán Linares, 2005, p. 145).

La historia de la justicia social, promueve entonces, un proceso de construcción de comunidades y sociedades pacíficas, para que exista una menor reincidencia de la

¹⁴⁴ Este concepto de habitus, es uno de los más centrales en la sociología de Bourdieu, se hace referencia a la aptitud de los agentes a orientarse *espontáneamente* dentro del espacio social y a reaccionar adaptativamente a los eventos y a las situaciones enfrentadas. (Moreno Durán y Ramírez, 2006, p. 18)

infracción a la ley penal. El bienestar colectivo y las buenas relaciones comunitarias son la piedra angular de la existencia de la sociedad siendo esta la proyección que se le debe dar a este tipo de mediación bajo la creencia de la dependencia mutua de todos sus miembros.

Es así como, la restauración y la reparación constituyen procesos importantes para recuperar el bienestar y equilibrio de la comunidad afectada por el delito, en tanto el mediador, debe fortalecer los desequilibrios que se generen, facilitando la creación de alianzas, en forma organizada, evitando injusticias, haciendo remisión a normas legales como elementos de ayuda, de las cuales pueden construirse soluciones. También, se requiere un énfasis en la adopción de medidas conjuntas para proteger intereses de los desfavorecidos por los desequilibrios del poder, teniendo como meta que se tengan vínculos y estructuras de relación comunitaria más sólidas.

Así, la mediación ha ayudado a organizar a los individuos y ha fortalecido las comunidades de intereses en muchos contextos distintos y, puede ser utilizada más ampliamente con esta finalidad (Baruch y Folger, 1996, p. 45).

Sin embargo, se debe establecer en qué circunstancias, el conflicto afecta las posibilidades de vida de la localidad, cómo el conflicto afecta el desarrollo sustentable de la comunidad, quiénes están involucrados, las víctimas del delito, quiénes son las personas, grupos o instituciones interesadas en el conflicto, quién o quiénes están interesados en ayudar en la transformación de éste y quienes tienen una visión opuesta en relación al mismo.

Identificar las causas del conflicto que desencadenó el delito es de gran importancia, de tal manera, que se debe tener en cuenta las historias del conflicto y lo que lo causó, antes de hacer cualquier conclusión sobre lo que está pasando en el

presente, identificar las numerosas interpretaciones de los orígenes y las causas inmediatas del conflicto entre los involucrados, establecer relaciones entre los distintos problemas relacionados con el conflicto, ubicando actores, acciones y secuencias entre los hechos. Estos elementos enriquecen el análisis del conflicto y establecen los núcleos más importantes para solucionar y diferenciar lo que es importante de lo que es urgente, del mismo modo, abordar lo urgente con perspectiva estratégica hacia lo importante.

En este modelo, se habla de corresponsabilidad, al entenderse que el conflicto es permanente y asume diferentes formas según los momentos históricos y las sociedades, conllevando al legislador a elevar determinadas conductas como delitos.

Por tanto, para la solución de los mismos debe aportar la misma sociedad, por los distintos fenómenos que lo generan como la violencia, las desigualdades sociales y la poca integración social producto de la constitución de divisiones jerárquicas. Todo esto, genera agresividad como mecanismo de supervivencia del más fuerte, materializada en su mayoría de casos, en delitos por la creación de pandillas juveniles que defienden su territorio, grupos al margen de la ley para su propia defensa y otras formas de criminalidad.

Existen otros fenómenos que influyen el surgimiento de conductas delictivas¹⁴⁵ y su práctica. Para efectos de justicia restaurativa a través de la mediación, sería recomendable la historia de la justicia social. Por ejemplo, los negocios de urbanizadores ilegales sobre terrenos inundables no aptos para la construcción, a bajo precio, la manipulación de los políticos, el desplazamiento forzado, invasiones, la

¹⁴⁵ Se hace referencia a delitos tales como entre otras el Lavado de activos, tráfico de armas, concierto para delinquir, rebelión, invasión de tierras, lesiones personales.

pluralidad de valores y prácticas culturales, mínimas zonas verdes, escasa presencia del Estado ante la insuficiencia de servicios públicos adecuados, inexistencia de centros médicos, instituciones educativas y espacios adecuados para la recreación, falta de vivienda.

De acuerdo con Germani citado por Martín-Baró (2004, p. 24) son cinco los factores que suelen tomarse como básicos para la determinación de la marginalidad y, que para el caso que nos ocupa, resultan desencadenantes del delito:

1. Las características estructurales de un determinado ordenamiento socioeconómico incapaz de absorber a la totalidad de la población.
2. El ordenamiento político, según el cual ciertos grupos asumen un máximo de poder impidiendo cualquier participación significativa de otros sectores sociales.
3. La dominación de un grupo cultural, que resulta excluyente hacia aquellos grupos que no aceptan sus formas de vida, sus valores y normas.
4. Ciertos rasgos psicosociales de la personalidad, que imposibilitan la vida en una sociedad “moderna”.
5. La explosión demográfica, que imposibilita a los sistemas sociales la asimilación de un crecimiento poblacional tan grande.

Esta perspectiva sobre el manejo de la mediación se enfoca en la creación de una sociedad, más que en su mantenimiento, fundamentada en la cooperación, el acuerdo social y la búsqueda del bienestar, tanto de la persona como de todo el grupo social, además, sobresale una igual consideración de los intereses o puntos de vista de cada persona afectada por el delito.

3.6.3 Proyección en justicia reparativa

Lo moral constituye un aspecto inherente a la vida de cada ser humano. En la vida social se comparten ciertos principios y valores universales referentes a la justicia. De ahí, que al mediador le corresponda facilitar su identificación y trabajar sobre ellos, tratando que se restablezcan las relaciones del ofensor con la comunidad, que se produzca el reconocimiento de su propia responsabilidad y que a su vez se pierda el miedo frente al delincuente por el impacto del delito y los daños que causó.

Es importante, el papel activo que debe jugar el ofensor en la restauración y en la reparación del daño causado para lograr su reincorporación a la sociedad y, que no se le estigmatice posteriormente por su conducta. En esta medida, la culpa sentida por el agresor frente a la acción que irrumpía en contra del bienestar colectivo o individual (el daño), constituye un elemento necesario para que exista la justicia restaurativa.

Esta teoría es plenamente desarrollada por autores como Tamarit y Villacampa, (2006, p. 315-316) de donde puede resaltarse para explicar este modelo que:

La justicia reparadora no aspira propiamente a restablecer propiamente el status quo anterior al hecho, sino que trata de establecer unas relaciones interpersonales y una convivencia social basadas en el respeto mutuo y la cooperación; en este sentido, iría más allá, en buena parte de sus formulaciones, de las técnicas de mediación y resolución alternativa de conflictos. El diálogo reparador exige la concurrencia de unas condiciones mínimas de igualdad y predisposición dialogal en las partes principalmente afectadas, que no dan, por ejemplo, cuando el agresor presenta una personalidad psicópata no idónea para la empatía, o cuando está instalado en una posición de tirano, o la víctima tiene excesivamente la autoestima para poder participar en el proceso sin perpetuar en el mismo el sostenimiento ante el agresor.

Esta manera en que se concibe la restauración está influenciada por las concepciones socio – culturales de perdón, culpa y justo, las cuales parten del sujeto en relación con otro, buscando la restauración con acuerdos desde la comprensión mutua y no, desde las imposiciones de un actor sobre otro.

El pedir perdón es la capacidad de reconocer que se ha equivocado, que se ha causado un daño al otro u otros con intención si se trata de un delito doloso o sin intención si fuere culposos, una buena manera de hacerlo es que la víctima manifieste cómo desearía que se remediara el daño causado, cómo se puede reparar sus consecuencias y que el victimario exprese su arrepentimiento.

Otros de los aspectos fundamentales dentro de este modelo de justicia, tiene que ver con el conocimiento de las partes, las concepciones que se tienen de los conceptos relacionados con lo justo, el daño, el perdón, la culpa y la forma de enmendar los errores, entre otros, de tal manera que se puedan generar los efectos pretendidos de la mediación sobre la reparación, a través del ofrecimiento de disculpas o pedimento de perdón a la víctima, procurando acercar las creencias y representaciones de estos conceptos para que sean entendidos dentro del mismo lenguaje.

Al respecto, Tamarit y Villacampa (2006, p. 328) explican: “La inserción de la justicia reparadora en la ejecución penal contribuye de un modo decisivo a que este nuevo paradigma penal emerja como espacio de convergencia del mejor legado de las clásicas doctrinas de la pena, orillando sus aspectos más criticados, a demás de completarlas con la atención al interés de la víctima.”

Así mismo, estos autores aseveran en un intento por justificar esta perspectiva de restauración que desde el punto de vista del penado, la justicia reparadora aumenta las posibilidades del éxito del tratamiento penitenciario pues “Favorece la sensibilización

sobre las consecuencias del delito, el desarrollo de la empatía y la asunción de responsabilidad, sirviendo como contrapeso de las estrategias de neutralización o de las distorsiones cognitivas que constituyen uno de los principales obstáculos para la adopción de actitudes pro sociales” (Ibíd.) operando la mediación con este modelo, no como una vía alternativa para la solución del conflicto, sino complementaria de la sentencia.

Lo que se busca con la aplicación de esta teoría, es propiciar un espacio para llegar a reparar el daño, aliviando el dolor producido por el delito. Se deben privilegiar los sentimientos asociados al costo del conflicto, valorando las consecuencias del daño en la víctima y todo lo que le representa continuar dentro del procedimiento judicial con la ejecución de la sanción, que algunas veces resulta ser más devastador.

El acuerdo generado debe fundarse en la compensación simbólica o material de la pérdida o del dolor causado. Es pertinente, para cualquier intento por aplicar tal tipo de justicia, comprender lo relacionado con el mundo simbólico para efectos de reparación y la manera como se concibe por la víctima. Así mismo, abordar la justicia restaurativa desde dicha teoría, implica permitir conocer la distancia o cercanía existente entre el conocimiento teórico y el conocimiento que las partes han construido en torno a este tipo de justicia y por lo tanto la forma como se está llevando a cabo su aplicación y el alcance que ésta tiene para la solución de los conflictos.

Recuérdese, que la víctima tiene derecho a intervenir en el proceso penal con finalidades diversas a las estrictamente económicas¹⁴⁶. Al respecto, la Corte

¹⁴⁶ Sent. C-228/02. Corte Constitucional.

Constitucional¹⁴⁷ estableció diferentes clasificaciones de daños, con ocasión de las diversas conductas delictivas, como son:

- i. Aquellos que vulneran los derechos bien sea patrimoniales o extra-patrimoniales de una sola persona identificada o identificable (daño individual); o
- ii. Aquellos que afectan a una porción de individuos o a un grupo de individuos que forman parte de una comunidad determinada o determinable (daño de grupo); y
- iii. Finalmente aquel que no afecta directamente a una sola persona o grupo individual, sino a una comunidad determinada o determinable (daño colectivo).

Así las cosas, de aplicarse esta proyección de justicia reparativa a estos últimos casos; cuando no se afecta directamente a una sola persona o grupo individual, sino a una comunidad determinada o determinable (daño colectivo); la Corte Suprema de Justicia ha dicho, que esta clasificación del daño resulta útil como en delitos contra la administración pública, “donde se configura un daño colectivo dado que la acción del servidor público afecta la finalidad de la función pública consistente en satisfacer con imparcialidad las necesidades generales de todos los habitantes y, un daño individual”¹⁴⁸ precisándose que para el caso específico de la concusión, se afecta “la libre autodeterminación del ciudadano constreñido, de modo que la reparación del agravio tiene que consultar los intereses resarcitorios de la administración y del particular lesionado.”

3.6.4 Paradigma de la transformación

¹⁴⁷ Sent. T-325 de 2002. Corte Constitucional.

¹⁴⁸ Sala de Casación Penal radicado No 30978, del 17 de marzo de 2009 MP. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

Dentro de esta historia, se concibe el conflicto no como un problema a resolver sino como una oportunidad de crecimiento personal y social, a través del fortalecimiento de las capacidades y habilidades propias de cada persona y del reconocimiento del otro.

Es importante, resaltar que no se centra en solucionar problemas sino en transformar relaciones para que éstas sean más positivas, enriquecedoras y permitan el desarrollo individual y de las sociedades en su conjunto.

Sobre el criterio de éxito de la mediación, dentro de este paradigma de la transformación nos ilustran ampliamente Baruch y Folger en el texto *La promesa de la mediación* (1996. p. 133-134):

El concepto de éxito tiene significados distintos en los enfoques de la mediación basados en la resolución de problemas y la transformación. En la mediación basada en la resolución de problemas, se alcanza éxito cuando se llega a un acuerdo que resuelve el problema y satisface a todas las partes. En el nivel más simple, la mediación basada en la resolución de problemas define el objetivo como el mejoramiento de la situación de las partes comparada con lo que era antes. En cambio, el enfoque transformador define el objetivo como el mejoramiento de las propias partes, comparadas con lo que eran antes. En la mediación transformadora se alcanza éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar en cierto grado, gracias a lo que ha sucedido en el proceso de mediación. Más específicamente, la mediación transformadora, tiene éxito cuando las partes realizan la experiencia del crecimiento en las dos dimensiones del desarrollo moral: la capacidad para fortalecer el yo y la capacidad para

relacionarse con otros. Estos son los objetivos de la revalorización y el reconocimiento.

La atención dentro de esta temática va más allá de la simple controversia, se fundamenta en un cambio de actitud de las personas frente a un conflicto, es decir, del traspaso evolutivo de una actitud de competencia a una actitud de colaboración o cooperación, se analizan tensiones, mala comunicación, desajustes, etc., orientándola no solo hacia la solución de problemas, sino también para la prevención de los mismos, la mejora de la interacción y comunicación entre personas y grupos desde una perspectiva relacional frente a la individualista.

La mediación transformadora concebida de esta manera, pretende además de mejorar la comunicación y las relaciones entre personas y grupos: a. Establecer la solidaridad, el compromiso y el respeto como valores inherentes al arreglo pacífico; b. Alcanzar para el tercero y las partes, atributos indispensables que dinamicen la gestión del conflicto en una construcción y reconstrucción de nuevos paradigmas; c. Desarrollar la comunicación dialógica y la escucha activa; d. Fomentar la participación cívica y ciudadana como forma de incrementar el bienestar social; e. Manejar la confidencialidad en el tratamiento de la información.

Para Baruch y Folger (1996, p. 52) el hecho de la transformación no significa la reestructuración institucional, sino más bien un cambio o refinamiento de la conciencia y el carácter de los seres humanos individuales.

Dentro de este modelo es necesario privilegiar a las partes, prestando atención a otros aspectos relacionados con el conflicto, mas no centrarse únicamente en lograr la solución suscribiendo un acuerdo solamente, se debe poner de presente lo acontecido en épocas pasadas para transformar el presente, previendo necesidades futuras.

Es necesario, valorar las relaciones interpersonales y, colectivas para poder llegar al éxito de la mediación transformadora, como es el empoderamiento de las partes y el cambio de actitud en su relación, siendo procedente y muchas veces necesario el compromiso mutuo entre las partes, lo que generaría obligaciones recíprocas.

Sobre esta idea, podría generarse discusión acerca del interrogante que se presenta de la simple lectura del artículo 519 N° 2°: ¿Será que las obligaciones contenidas en el acuerdo al que se refiere este principio, (razonables y proporcionadas), se predicen exclusivamente para el imputado o comprenden obligaciones para las víctimas? De pensarse que la palabra “obligaciones” vincula a la víctima, ¿No sería vulnerar aun más sus derechos al aceptarse que también pueda adquirir obligaciones a pesar de su papel de víctima de un delito con el que se le causó daño?

Para responder los anteriores interrogantes es necesario remontarnos al concepto de la misma palabra “conflicto”, que significa diferencia, controversia, disputa, enfrentamiento, confrontación que entre otras cosas surge de acuerdo con la forma como las personas perciben las cosas, desencadenando la interacción entre ellas cuando en determinado momento sus valores, propósitos, derechos e intereses se ven amenazados o enfrentados y, ante estas circunstancias, puede generarse como consecuencia, la comisión del delito que es lo que interesa para estos efectos del derecho penal.

Debemos partir por lo tanto, de que el acercamiento de las partes a través de la mediación es la búsqueda del entendimiento directo, que confronten los puntos de vista opuestos para seguir a una solución de compromiso, comprendiendo las necesidades y los intereses del otro y reconociendo las responsabilidades individuales y colectivas. Sobre este fundamento, se podría afirmar que, efectivamente, se pudieran presentar

acuerdos que comprenden obligaciones recíprocas tanto para la víctima como para el imputado o acusado.

Algunos ejemplos, que legitiman la precedente afirmación, aplicable a la historia de la transformación, sería en aquellos delitos, como inasistencia alimentaria, injuria, calumnia; y particularmente, en la violencia intrafamiliar que vincula conflictos de parejas o se ponen de presente niños, niñas y adolescentes, donde es evidente la necesidad de dejar las puertas abiertas para un futuro que les permita a los intervinientes, preservar o consolidar relaciones, satisfaciendo los intereses realmente importantes para ambas partes, mas no crear un ganador y un perdedor, sino promocionar el gana-gana. Es decir, que ambas partes ganan y quedan satisfechas, previniendo conflictos más profundos y de esta manera, cumplir el anhelo de todas las sociedades: vivir en paz, logrando la convivencia pacífica, fines por los cuales se estableció la mediación como mecanismo de justicia restaurativa.

Finalmente, una vez expuestas las diferentes historias desde donde se pueden abordar los procesos de mediación en su práctica, se comparte la apreciación de los autores Baruch y Folger (1996, p. 58), respecto de la creencia que la historia de la transformación ofrece la mejor recomendación para el futuro¹⁴⁹, por su premisa sobre el crecimiento moral y de transformación, consideradas las metas más importantes para los autores, resultando la más sólida, coherente y justificable que cualquier otra de las historias y sus premisas.

¹⁴⁹ Esta aseveración de los autores, se comparte en el entendido de tomar exclusivamente como referencia la premisa de la historia de la satisfacción donde la meta más importante consiste en maximizar la satisfacción de las necesidades individuales, o inversamente minimizar el sufrimiento, o respecto de la historia de la justicia social y la historia de la opresión que están promovidas por otra premisa: la meta más importante es impulsar la igualdad entre los individuos, o inversamente, reducir la desigualdad (Baruch y Folger, 1996, p. 56).

CONCLUSIONES

- Es viable la mediación penal en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes por remisión normativa al Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) al entender que las disposiciones que la regulan no son contrarias al interés superior del niño y, por el contrario, complementan los fines del proceso penal.
- Es posible aseverar con fundamento en disposiciones especiales nacionales del Código de Infancia y Adolescencia e, internaciones integradoras del bloque de constitucionalidad, que la mediación en el sistema penal para adolescentes, procede incluso antes de la formulación de la imputación para evitar el procesamiento penal al adolescente, en consonancia con el principio de subsidiariedad. A diferencia del sistema penal acusatorio que procede desde la

formulación de la imputación.

- Al considerarse la mediación como un mecanismo de justicia restaurativa y al mismo tiempo ser ésta, un fin de la sanción y el proceso penal, se permite acudir a aquella aun después de ejecutoriada la sentencia sancionatoria de segunda instancia como proceso complementario.
- Al entender que es jurídicamente aceptable la modificación de la sanción penal impuesta al adolescente, conforme a sus circunstancias individuales, de lograrse el resultado restaurativo a través de la mediación penal se obtendrían beneficios acordes a su interés superior, por el principio de mínima aflicción, e incluso predicar la innecesariedad de la sanción por tal circunstancia sobreviniente, para extinguir o suspender su ejecución al haberse logrado la función y fines perseguidos.
- Si bien a los adolescentes no se les aplica penas de prisión establecidas en el código penal, es posible, asimilar el concepto de sanciones pregonadas en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, por cuanto es evidente también, la restricción de derechos fundamentales. Incluso se contempla de igual forma, la privación de la libertad en centro de atención especializada.
- Si bien el artículo 524 de la ley 906 de 2004 establece la procedencia de la mediación para los delitos perseguibles de oficio, puede sostenerse que indiscutiblemente en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes procede en todo tipo de delitos, bien se trate de aquellos leves (querellables) gravísimos (homicidio doloso, secuestro o extorsión en cualquiera de sus modalidades) y graves (todos los demás), debiéndose considerar como situación distinta el efecto jurídico llamado a producir en cada uno de estos casos.

- La mediación es fundamental para garantizar la justicia material en el proceso penal, el interés superior del niño y las expectativas de las víctimas; la verdad a través del diálogo y entendimiento directo entre víctima y victimario; justicia, desde la concepción de cada uno de las partes de la mediación para quedar satisfechos con la solución que les parece justa y la reparación en sus distintas modalidades ya sea material o simbólica como parte de las obligaciones contenidas en el acuerdo.
- Para el pleno desarrollo del principio de oportunidad preferente y obligatorio para los funcionarios judiciales en el sistema penal para adolescentes, imperativo resulta la implementación de la mediación como garantía fundamental, con personal idóneo y capacitado para ello, so pena de afectarse el debido proceso.
- No es de recibo, pretextar falta de consentimiento de la víctima por fines de venganza o castigo arbitrarios e injustos para reconocer a favor del adolescente, las reparaciones del adolescente producto de la justicia restaurativa al estimarse contrario a su filosofía y del proceso en adolescentes.
- La mediación en adolescentes es posible abordarla desde distintas perspectivas, como técnica del mediador, para lograr los resultados restaurativos y, estarse en consonancia con las expectativas de las víctimas y el interés del menor, bien sea según se trate los casos, de la justicia social, reparativa, perspectiva de la satisfacción y transformación y circular narrativa.
- Es necesaria una propuesta legislativa en el Congreso de la República, donde se incluya expresamente dentro de la normatividad aplicable a la infancia y adolescencia, todas las particularidades analizadas en el presente trabajo de

investigación sobre la mediación penal atendiendo los vacíos normativos al respecto y para dar mayor dinámica a su implementación en el país.

- Con la implementación de la mediación penal en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se ponen en evidencia, desde la práctica, en algunos eventos respecto de la imposición, ejecución y modificación de la sanción, ciertas tensiones entre el principio del interés superior del niño y el de legalidad de la sanción, al reconocer el alcance y los fines perseguidos por dicho mecanismo; razón por la cual, se consideró pertinente continuar ampliando el presente trabajo de investigación, como en efecto se está desarrollando, desde el programa de doctorado en derecho de la Universidad Santo Tomás-Bogotá, donde se pretende resolver como tesis doctoral, la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál ha sido la eficiencia, eficacia y legitimidad de la mediación penal para adolescentes en el distrito judicial de Villavicencio durante la vigencia de la ley 1098 de 2006?

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CITADA

Libros y artículos

- Acuña, Vizcaya José. (2009) *El Principio de Oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para los Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá
- Álvarez, Miguel, Corzo, Lino y Figueroa, David. (2001). *Jueces de paz una figura de la justicia comunitaria: análisis*. Procuraduría General de la Nación.
- Angulo, González Guillermo. (2006) *La Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema Procesal ley 906 de 2004*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá

- Ardila, Quintana Hermes y Sabogal, Quintero Moisés. (2009) *El ABC Del Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia.
- _____. (2009) *Los Mecanismos de Terminación Anticipada en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia.
- Arias, López Juan Carlos. (2009) *Bloque de Constitucionalidad y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Módulo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá
- Ariza, Santamaría Rosembert. (2007a) *Estado del Arte de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Colombia*. Revista IUSTA N° 26. Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho.
- _____. (2007b) *La Justicia Restaurativa para Adolescentes en Colombia*. Fundación Civis
- Bañol Alejandro y Bañol Laura. (2006) *Justicia Restaurativa una Dinámica Social*. 1era edición, Librería Jurídica Sánchez, LTDA, Medellín.
- Baratta, Alessandro. (1998) *Política Criminal entre la Política de Seguridad y la Política Social en Países con Grandes Conflictos Sociales y Políticos*. En: Ciencias Jurídicas Memorias de Foro de Política Criminal. Colección Seminarios Número 9. Pontificia Universidad Javeriana.
- Barbosa, Castillo Gerardo. (2006) *Módulo Principales Transformaciones del derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá
- Baró, Martín. (2004). *Un desorden ordenado*. En: Baró, Martín. (Ed.) Sistema, grupo y poder. San Salvador. UCA Editores

- Barragán, Linares Hernando. (2005) *Epistemología*. Universidad Santo Tomás. Bogotá
- Baruch, Bush Robert y Folger, Joseph. (1996) *La Promesa de la Mediación – Como Afrontar el Conflicto Mediante la Revaloración y el Reconocimiento*. Editorial Granica, Barcelona
- Bazzani, Montoya Darío. (2006) *El Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá
- Bernal Suárez, Fabio David y Molina Guerrero, María Idali. (2010) *Proceso Penal y Justicia Restaurativa*. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia
- Bernate, Ochoa Francisco. (2007) *La Legitimidad del Derecho Penal*. Editorial Ibáñez. Bogotá
- Bonorino, Pablo Raúl y Peña, Jairo Iván. (2002) *Filosofía del Derecho*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá
- Cancio, Mejía Manuel, Suárez, González Carlos y Peñaranda, Ramos Enrique. (1998) *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal, Consideraciones Sobre la Teoría de la Imputación objetiva de Gunther Jakobs, Grijley*. Madrid
- Chaparro, Borda Víctor. (2009) *Módulo de Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá
- Claros, Álvarez Simón, Floriano, Escobar Ronald y Carrillo, Saavedra. (2007) *La justicia Penal en el Juzgado Único Promiscuo Municipal de El Paujíl Caquetá en el año 2005*. Monografía de Grado. Universidad de la Sabana. Bogotá
- Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2004) *Módulo Juez Director del Despacho*. Bogotá

- Delgado, Llanos Luis Fernando. (2006) *Los Nuevos Paradigmas de la Justicia Penal Colombiana Frente a la Ley de las Pequeñas Causas*. En: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Módulo de Pequeñas Causas. Bogotá
- _____ (2008) *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá
- Díaz, Cortez Lina. (2005) *Apuntes de Reflexión sobre la mediación penal: Referencia al caso colombiano*. En: AAVV Sistema Penal Acusatorio.
- _____ . (2009) *Derecho Penal de menores*. Temis. Bogotá
- Echandía, Reyes Alfonso. (1990) *Derecho Penal*. Temis. Bogotá
- Fiscalía General de la Nación. (2006) *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá
- Floriano, Escobar Ronald. (2008) *Perspectiva de la mediación en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia*. En: Revista Judicial. Octava edición. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá
- Gómez, Pavajeau Carlos. (2007) *La Oportunidad Como Principio Fundante del Proceso Penal de la Adolescencia*. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá
- González, Cussac Luis y Cuerda, Arnau Ma. Luisa (2006) *Estudios Sobre La Responsabilidad Penal Del Menor*. Universitatat Jaume. Imprimeix Book Print Digital S.A
- Guerrero, Oscar Julián. (2006) *El Control de Garantías como Control de una Función Jurisdiccional*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá

- Granados, Sarmiento Luis Ricardo, Guevara, Puentes Gladys Virginia y Hernández, Gómez William. (2004), *Juez director del despacho*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá.
- Hall, García Ana Paola. (2004) *Aproximación al problema de la responsabilidad del menor en Colombia*. Revue internationale de droit pénal 1/2004 (Vol. 75)
- Higuera, Gimerá Juan Felipe. (2005) *La transformación de la originaria ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y sus consecuencias jurídicas*, Revista No 18 de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. (2004) *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Editor: Buenos Aires. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores
- Lira, Elizabeth. (2005) *Políticas de Reparación: Chile 1990-2004*. Editor: Santiago de Chile: LOM Ediciones; Universidad Alberto Hurtado
- Londoño, Jiménez Hernando. (1988) *Derechos humanos y Justicia Penal*. Editorial Temis. Bogotá
- López, Medina Diego Eduardo. (2006) *Interpretación Constitucional*. 2ª edición, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá.
- Moreno, Durán Álvaro y Ramírez, José Ernesto. (2006) *Pierre Bourdieu: Introducción Elemental*. Bogotá
- Osorio, Isaza Luis Camilo. (2005) *Manual de procedimiento de Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. Fiscalía General de la Nación. Editor: Imprenta Nacional, Bogotá.

- Pérez, Pinzón Álvaro Orlando. (2001) *Estudios Sobre los Nuevos Códigos Penales*. Cooperación Española, Universidad de Salamanca, Corte Suprema de Justicia. Bogotá.
- Ramelli, Arteaga Alejandro, Bombiella, Héctor Andrés, Cerón, Leonardo Efraín y Fajardo, Zamir Andrés. (2009) *La intervención procesal de la víctima- especial consideración a los sistemas procesales de la ley 906/04, 975/05, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Corte Penal Internacional*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá
- Rodríguez de Santiago, José María. (2000) *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, Barcelona
- Rodríguez Robayo, Héctor Fernando. (2007) *La mediación comunitaria en el Municipio de Cucunubá*. Monografía de Grado. Universidad de la Sabana. Bogotá
- Rojas López, Carmen Edilia. (2009) *Justicia Restaurativa en el Código de Procedimiento Penal Colombiano*. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá.
- Roxin, Claus. (1976) *Sentido y límites de la pena estatal en problemas básicos del derecho penal*. Editorial Reus. Madrid
- Ryback, David (2005) *Trabaje con su inteligencia emocional-Cómo construir un entorno emocionalmente inteligente*. Editorial EDAF S.A. Madrid.
- Rozenblum, Sara (2007 p 77) *Mediación convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Colección acción comunitaria Imprimeix, España.
- Sánchez, María Teresa. (2006) *Para acabar con la prisión: la mediación en el derecho penal, justicia de proximidad*. Icaria Editorial. Barcelona

- Serna, María del Mar y Admetlla, Jaume. (1998) *Manual de Mediación*. Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
- Solórzano, Mauricio y Stapper, Andrés. (2004) *Mediación comunitaria*. Tesis de grado. Universidad Santo Tomás. Bogotá
- Tamarit, Sumalla Josep y Villacampa, Estiarte Carolina. (2006) *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Editorial Ibañez, Bogotá.
- Uprimny, Yepes Rodrigo. (2006) *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá.
- Zuluaga, José Octavio, Amorocho, Raquel, Barragán, Paola, Gama, Andrés y Olarte, Myriam. (2007) *De los conflictos y su Gestión en la Vereda Mercedes de Calahorra Municipio de Chía Cundinamarca*. Monografía de Grado. Universidad de la Sabana Bogotá

Normatividad nacional e internacional

- Anexo al Informe Final del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000.
- Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos, firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948. Entrando en vigencia el 13 de diciembre de 1951
- Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Convención Americana de Derechos Humanos Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre 1969 y aprobada en Colombia con la L.16 de 1992

Carta de las Naciones Unidas.

Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal Resolución 1997/30 del 21 de julio de 1997 del Consejo Económico y Social de la ONU

Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de Unión Europea, DOC L 82 de 22.3.2001
Exposición de motivos de la Ley 975 de 2005, ley de justicia y paz.

Hidrón. Henao (2001) *Constitución Política de Colombia*. Editorial Temis S.A. Bogotá

La Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la sociedad de naciones del 26 de noviembre de 1924.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

Las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal (Viena, 1997) que retoman las anteriores pero hacen énfasis en la justicia restaurativa y en la mediación como instrumento de justicia restaurativa.

Ley 599 de 2000, Código Penal, leyer, 2010.

Ley 890 de 2004.

Ley 782 de 2002, ley de autorización al ejecutivo para dialogar sobre paz con grupos al margen de la ley que no tuvieran reconocimiento político.

Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004), Editorial Legis, Bogotá.

Observación General del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos del niño en la justicia para menores que esboza los elementos básicos de una justicia para menores. Documento 2007.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmados en 1966

Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Rehabilitadora en Materia Penal Resolución 2002/12 del 24 de julio de 2002 del Consejo Económico y Social de la ONU.

Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas”

Resolución 40/30 del 29 de Noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Reglas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (Reglas de Beijing)

Resolución del Consejo de Europa sobre Delincuencia Juvenil y Transformación Social

Resolución 78 (62), de 29 de septiembre de 1978

Sentencias

Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, radicado No 30978, del 17 de marzo de 2009 MP. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Constitucional, Sent. C-228/02.

Sentencia T—325 de 2002.

Sentencia C- 720 de 2007

Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Se resuelven demandas contra la Ley de Justicia y Paz.

Sentencia C 033 de 2008 Corte Constitucional

Sentencia C-979 de 2005, Corte Constitucional, Referencia: expediente D-5590, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C 975/05 Corte Constitucional

Sentencia C-916 de 2002 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá.

Sentencia C-646 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Direcciones en la web

www.restorativejustice.org

<http://www.justiciarestaurativa.org/intro>

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF)

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

<http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html>

<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

<http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/>

http://www.cimacnoticias.com/especiales/amndi/instrumentos_inter/7_reglasminimasnacionesunidasadministracionjusticiamenores.pdf

http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/RESOLUCION40-34.pdf

http://www.diba.cat/cemical/publicacions/fitxers/manual_mediacion_OIT.PDF

http://books.google.com/books?id=UoCR05XuGMMC&pg=PA117&dq=inteligencia+emocional+en+mediaci%C3%B3n&hl=es&ei=eH7aTdqaAcegtgeS-9XoDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&sqi=2&ved=0CEYQ6AEwBg#v=onepage&q=inteligencia%20emocional%20en%20mediaci%C3%B3n&f=false

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1195598>

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1195598>

<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-1-page-231.htm>

BIBLIOGRAFÍA RELACIONADA

Arias, Diego. (2005) *Justicia Restaurativa, Novedad para la Paz*. En: *Lecturas Dominicales*. Bogotá

Eiras Nordenstahl, Ulf Christian. (2005) *Mediación Penal de la practica a la Teoría*. Librería histórica.

Mejía, Fernando José. (2005) *El principio de la oportunidad en el Sistema Acusatorio*. En: *Revista Médico Legal XI N° 4 numero 30*. Editorial Fepas de

Mojica, Carlos Alberto y Molina, Carlos Andrés. (2005) *Justicia restaurativa: hacia una nueva visión de la justicia penal*. Universidad de Medellín. Bogotá

Neuman, Elias. (1997) *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires: Depalma

- Pérez, Olga Lucía. (2002) *El Otro Derecho: Otras Miradas de la Justicia*. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá.
- Pulido, Pineda Alberto, Huertas, Díaz Omar y Lozano, Luis Gonzalo. (2006) *La conciliación, la mediación y el principio de oportunidad en el derecho penal colombiano: una mirada retrospectiva*. Nueva Época. No. 26. Bogotá
- Sampedro, Julio Andrés. (1998) *Escritos Sobre el Proceso Penal desde La Victimología*. Editor: Centro Editorial Javeriano. Bogotá
- Toledo, Álvaro. (2003) *Mediación comunitaria: conceptos y herramientas básicas para la convivencia ciudadana*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá